BIBLIOTECA DEL "FORO ITALIANO"

ALFREDO ROCCO

PROFESSORE ORDINARIO NELLA UNIVERSITÀ DI ROMA

STUDI DI DIRITTO COMMERCIALE ED ALTRI SCRITTI GIURIDICI

VOLUME SECONDO

ROMA - 1933-XI

SOCIETÀ EDITRICE DEL « FORO ITALIANO »

INDICE DEI DUE VOLUMI

VOLUME PRIMO.

I. — Su la storia e le teorie generali del diritto privato e processuale.

La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni . . . . Pag. 3

Lo sviluppo del diritto commerciale nell' ultimo cinquantennio . . . . » 35

Intorno al carattere del diritto commerciale obiettivo e ai suoi rapporti col diritto civile . . . . » 51

L' interpretazione delle leggi processuali . . . . . » 71

Cap. I. — La teoria generale della interpretazione delle norme giuridiche e la sua applicazione alle singole categorie di norme . . . . » 73

Cap. II. — I principî speciali sulla interpretazione delle leggi di procedura in materia civile e le loro caratteristiche . . . . » 87

Cap. III. — I singoli elementi della interpretazione delle norme processuali: l'elemento storico in largo senso . » 101

Cap. IV. — I singoli elementi della interpretazione delle leggi processuali: l'elemento pratico . . . . . » 121

II. — Sulle società commerciali.

La qualità di commerciante nei soci a responsabilità illimitata . . . . Pag. 151

Sulla condizione giuridica del socio receduto di fronte al fallimento della società . . . . » 175

Sulla liquidazione delle società commerciali . . . . . » 197

La continuazione della società cogli eredi del socio illimitatamente responsabile . . . . » 225

La rappresentanza delle persone giuridiche e in ispecie delle società commerciali in rapporto alla intimazione e notificazione degli atti giudiziari . . . . » 301

I fondatori di società commerciali e l'articolo 127 del codice di commercio . . . . » 323

L'articolo 127 del codice di commercio ed il divieto ivi sanzionato . . . . » 333

La convalescenza dei negozi giuridici e l'articolo 137 del codice di commercio . . . . » 341

Ancora sulla convalescenza dei negozi giuridici e l'articolo 137 del codice di commercio . . . . » 361

Sempre a proposito dell'articolo 137 del codice di commercio » 371

La rappresentanza delle società commerciali nel giudizio di Cassazione . . . . » 375

Modificazioni allo statuto delle società irregolari . . . » 387

Efficacia delle modificazioni all'atto costitutivo o allo statuto di una società irregolare non trascritte e non pubblicate . . . . » 399

Azioni nominative e azioni al portatore . . . . . » 415

VOLUME SECONDO.

III. — Sui titoli di credito, la cambiale e lo chèque.

Ancora un contributo alla teoria dei titoli di credito . . Pag. 3

Il formalismo nella cambiale e le forme equipollenti o ellittiche della clausola cambiaria . . . . . . » 43

Il fondamento giuridico dell'obbligazione nei titoli di credito e la validità della cambiale in bianco . . . . » 55

La natura giuridica dello chèque e i diritti del possessore verso il trattario . . . . » 91

Sulle eccezioni cambiarie desunte dal rapporto fondamentale » 107

Sul valore della clausola «pagabile presso» nella cambiale » 119

La girata dopo la scadenza e gli effetti di titolo esecutivo nella cambiale . . . . » 131

IV. — Sul fallimento.

Sulle esecuzioni immobiliari dei creditori privilegiati ed ipotecari dopo la dichiarazione del fallimento . . . » 159

Sulla natura del privilegio del venditore di macchine nel giudizio di fallimento . . . . » 171

Sulla rappresentanza giudiziale del curatore nel fallimento » 181

V. — Sul diritto marittimo.

Le limitazioni alla responsabilità degli armatori . . . 189

Alcune note sull'abbandono nelle assicurazioni marittime . » 289

Il nolo ed il profitto sperato nell'abbandono agli assicuratori » 303

Gli obblighi dell'assicurato e dell'assicuratore dopo l'abbandono nelle assicurazioni marittime . . . . . » 325

La compra-vendita di merci viaggianti con trasferimento della polizza di carico . . . . Pag. 343

VI. — Scritti vari.

Il progetto Nitti per il monopolio dell'assicurazione sulla vita . . . . » 359

Emanuele Gianturco . . . . » 389

La nuova disciplina del lavoro e lo Stato Corporativo . » 405

Concetto e forme della cooperazione . . . . . . » 421

Le nuove Corti d'assise . . . . » 437

Politica e Diritto nelle vecchie e nelle nuove concezioni dello Stato . . . . » 453

III.

SUI TITOLI DI CREDITO, LA CAMBIALE E LO CHÈQUE

ANCORA UN CONTRIBUTO
ALLA TEORIA DEI TITOLI DI CREDITO *

* *Archivio giuridico*, 1899.

I. — 1. Nello studiare la natura giuridica dei titoli di credito, nel ricercare come sorgano, ed in qual modo debbano essere disciplinati i rapporti giuridici che ad essi si rianodano, nel renderci conto scientificamente e praticamente delle loro cause e dei loro effetti, noi ci troviamo di fronte ad una serie di posizioni giuridiche nuove, di figure anomale, di conseguenze sconosciute al diritto tradizionale. Le difficoltà in cui ci si imbatte in questa ricerca sono molteplici, ed enumerarle sarebbe lo stesso che fare una trattazione completa dei titoli di credito. Esse tuttavia possono raggrupparsi in due punti principalissimi: il primo riguarda il fondamento giuridico della obbligazione incorporata nel titolo, il secondo l'autonomia del diritto del possessore di esso. Volendo qui dare brevemente le linee fondamentali di una costruzione, la quale, mettendo a contributo i risultati delle numerose e profonde ricerche fatte in Italia ed all'estero, possa, d'altro canto, evitare le principali obiezioni mosse contro le teorie finora formulate, mi propongo anch' io di portare specialmente la mia attenzione sui due punti accennati, i quali sono stati, e saranno sempre, le pietre miliari di qualunque costruzione scientifica dei titoli di credito.

II. — 2. Siccome io intendo qui semplicemente tracciare le grandi linee di una teorica, e non già di rifarmi *ab imis* nelle dispute intricate e molteplici che negli ultimi cinquanta

anni hanno affaticato le menti dei giuristi tedeschi, francesi ed italiani, così non ritornerò sopra la vecchia questione dell'ammissibilità o non, nel nostro diritto, di una obbligazione che sorga per una dichiarazione unilaterale ed irrevocabile di volontà. Malgrado le deboli obiezioni mosse ultimamente dal Wahl (1), la possibilità di una obbligazione di tal fatta non deve dirsi esclusa dal diritto moderno, ed un esempio notevole ce ne offre il recentissimo codice civile germanico, il quale riconosce un'impegno unilaterale nel titolo al portatore, nella fondazione e nella promessa pubblica di ricompensa *(Auslöbung)* (2). Io non dirò che la teoria dell'impegno unilaterale abbia per sè l'appoggio di una lunga tradizione storica; ma, certo, la tradizione storica ha una importanza relativa in un istituto recente, ed anche attualmente, in continua elaborazione. Del resto, c'è un argomento storico di molta importanza, il quale spiega assai bene come si sia formato, nella coscienza giuridica moderna, il concetto di un impegno unilaterale irrevocabilmente obbligatorio. Se noi seguiamo l'evoluzione del concetto di obbligazione, vedremo che esso si manifesta dapprima come un vincolo strettissimamente personale: donde, nell'antico diritto romano, il divieto di acquistar diritti per mezzo di rappresentante e l'inalienabilità dell'obbligazione. Ma a poco a poco i bisogni del commercio e della vita civile scemano la rigorosità di questo principio primitivo: l'obbligazione cessa di essere inesorabilmente legata ad una personalità determinata individualmente, e la cerchia dei soggetti dell'obbligazione tende sempre più ad allargarsi: di qui la cessione dei crediti, l'obbligazione solidale o correale, l'obbligazione all'ordine, l'obbligazione al portatore, la promessa pubblica (*Auslöbung*) del diritto germanico. In ognuno dei

---

(1) *Traité des titres au porteur français et etrangers*, Paris, 1891, I, n. 252-256.

(2) §§ 80, 657 e segg., 793 e segg. Il codice tratta dei titoli al portatore sotto la rubrica delle *promesse unilaterali non accettate*. Cfr. *Motive zum Entwurfe eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlin, 1888, II, pag. 694 e segg. e le critiche del GOLDSCHMIDT, *Die Kreationstheorie und der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs*, nella *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, XXXVI, pag. 139.

gradini di questa scala, la persona del creditore si allontana sempre più e tende a rendersi sempre più indifferente per il debitore: la persona del debitore va diventando la sola decisiva per il sorgere dell'obbligazione, e la volontà sua di obbligarsi sufficiente per la creazione del vincolo obbligatorio. Studiare minutamente questa evoluzione, indagare le leggi che presiedettero alla formazione del concetto odierno dell'obbligazione, sarebbe oltremodo interessante, ma il carattere sintetico e riassuntivo di questo lavoro mi vieta di farlo. Bastino questi pochi cenni per mostrare con quanta fallacia si invochi la tradizione contro la teoria dell'impegno unilaterale. La quale trova la sua base nel sistema di tutto il diritto moderno, anche italiano, come ha benissimo dimostrato il Bruschettini. Il principio della ammissibilità di un impegno meramente unilaterale si desume agevolmente dalla regola per cui i contratti stipulati fra i privati e lo Stato sono bensì obbligatori per i primi, appena sottoscritto il contratto, non lo sono però per i secondi, fino a che non vengano approvati al Ministero e registrati alla Corte dai Conti (Legge 30 marzo 1865 sui lavori pubblici, art. 336; legge 17 febbraio 1884 sulla Contabilità generale dello Stato, art. 12): si desume dall'obbligazione del terzo possessore di un fondo, il quale, volendo purgare dalle ipoteche il proprio immobile, offre il pagamento del prezzo (cod. civ., art. 2044 e 2046): si desume dall'obbligazione irrevocabile dell'offerente all'incanto per il solo fatto dell'offerta (cod. proc. civ., art. 674), ecc. (1). L'argomentazione *a contrario* più volte invocata dal Wahl (2), che si tratta di casi eccezionali, confermanti la regola della non ammissibilità dell'obbligazione per atto unilaterale, oltre all'avere insito in sè il vizio d'origine di tutte le argomentazioni *a contrario*, non tiene conto del fatto che, nella evoluzione degli istituti giuridici, noi non vediamo mai un principio, anche importante e generale, sorgere a un tratto, come Minerva armata dal

(1) Bruschettini, *Trattato dei titoli al portatore*, Torino, 1898, n. 339-346.
(2) Wahl, *Traité des titres au porteur*, I, n. 252, pag. 187 e n. 254, pag. 193.

cervello di Giove. Il diritto, come ogni altro fenomeno sociale, è il prodotto di necessità e di bisogni, i quali non si manifestano nè generalmente, nè repentinamente, ma gradatamente. Ed anche i principî giuridici nuovi, che a quei bisogni provvedono, cominciano ad affermarsi dapprima isolatamente, come eccezione ai principî comunemente ammessi, quindi si applicano a casi sempre più numerosi e finiscono per diventare regole generalissime ed universalissime. In questa evoluzione sommamente importante è il compito del giureconsulto. Ricostruire dalle singole norme il principio generale, applicandolo ai rapporti giuridici nuovi che a quello si possono riannodare, sviluppare i germi di nuove norme e di nuovi principii contenuti, qualche volta inconsapevolmente, nel diritto costituito, è questo il compito affidato al giurista. La cui opera nella applicazione e nella formazione del diritto si ridurrebbe a ben poca cosa, se dovesse, ad ogni piè sospinto, imbattersi nello scoglio insuperabile della argomentazione *a contrario*.

3. — Nessuna difficoltà dunque di principio ad ammettere, come noi ammettiamo, che anche l'obbligazione del debitore nei titoli di credito derivi da un negozio giuridico unilaterale. Ma come si costituisce questo negozio, e quali ne sono gli effetti? È quello che mi propongo di dire qui brevemente (1). L'elemento costitutivo di questo, come di altro negozio giuridico, è duplice: esso consta cioè della volontà e della manifestazione della volontà: trattandosi di un negozio unilaterale, perchè sorga il vincolo obbligatorio è necessario l'accordo tra la volontà e la manifestazione di volontà dalla sola parte del debitore. Qui è necessario che ci soffermiamo un momento

(1) Vedi anche l'altro mio scritto: *Il fondamento giuridico della obbligazione nei titoli di credito e la validità della cambiale in bianco*, nel *Foro ital.*, 1897, I, 1057 e segg. [vedi appresso, pag. 55]. Avverto però che in quel lavoro non mi sono occupato che del *lato passivo* della obbligazione, e non già anche del lato *attivo* Il che spiega come su alcune idee, d'altronde secondarie, di quel mio scritto, io abbia avuto occasione in questo di ritornare.

per analizzare, con qualche maggior cura, in che consiste questa *volontà*, ed in che, conseguentemente, deve consistere la sua *manifestazione*. E vediamo anzitutto in che consiste, in questo caso, la volontà di obbligarsi. È evidente, in primo luogo, che non basta una volontà di obbligarsi generica, ma è necessaria la volontà di obbligarsi mediante un titolo di credito, cioè in quel modo particolarmente rigoroso, per cui (come vedremo) egli consente ad avere per creditori tutti coloro che si troveranno in un determinato rapporto col titolo. Procedendo poi ancora nella analisi degli elementi costitutivi della volontà di obbligarsi mediante un titolo di credito, non è difficile scorgere come sia necessario che sussistano: 1° la volontà di creare il titolo; 2° la volontà di metterlo in circolazione. Quanto al primo elemento, *nulla quaestio*. Quanto al secondo, non ignoro che da valenti scrittori, sostenitori della teoria dell'atto unilaterale, è stata negata la necessità di una alienazione volontaria del titolo da parte del debitore. Ma io credo di poter rispondere alle obiezioni fatte con la osservazione assai semplice che una volontà di obbligarsi mediante un titolo di credito senza la volontà di mettere in circolazione il titolo stesso, è un qualche cosa di assolutamente incompatibile, una vera *contradictio in adiecto*. Il Siegel, è vero, oppone che l'obbligazione sorge colla sola redazione del titolo e che la necessità della detenzione di esso da parte di un terzo, è una necessità meramente logica, in quanto che nessuno può far valere un diritto di credito contro sè stesso. Io rispondo che ciò è precisamente il contrario di quello che avviene in realtà. Nessuno, redigendo un titolo di credito, e chiudendolo nel suo cassetto, ha la volontà di obbligarsi: egli intenderà obbligarsi solo collo spossessamento del titolo (1). Ora poichè l'ob-

(1) Brunner, *Die Werthpapiere*, in *Endemann's Handbuch des deutschen Handels-See und Wechselrechts*, II, pag. 169; Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, 2ª ediz., Berlin, 1885, III, pag. 109, nota 21 in fine: « Eine Verpflichtung entsteht erst mit der Emission, mit den *absichtlichen* Aufgeben der Detention. Wer das Papier bloss anfertigt, hat nur eine für seine Verbindlichkeit vorbereitende Handlung unternommen, wer noch widerrufen, das Papier

bligazione è fondata sulla volontà, o almeno (come vedremo) presuppone di necessità la volontà reale, o presunta dalla legge *iuris et de iure*, di obbligarsi (1), non è possibile parlare di volontà di obbligarsi, e neanche presumere una tal volontà, là dove una osservazione superficialissima dimostra *che non vi è mai* (2). Si noti bene, qui non si tratta (anche dato il carattere formale dell'obbligazione) del caso in cui la volontà può esservi o non esservi, può esser valida o viziata, e il legislatore la presume in modo assoluto. Qui si tratta invece del caso, in cui la volontà, *di regola*, non esiste. Ora la presunzione legale può dare per esistente ciò che in realtà non esiste, ma per darsi una presunzione, specie poi se assoluta, bisogna che, nella normalità dei casi, vi sia la volontà o una apparenza di volontà. La presunzione può, in qualche caso particolare, contraddire alla realtà, ma deve su questa basarsi (3).

---

vernichten kann, hat noch nicht in rechtsverbindlichen Weise gewolt. Er steht demjenigen gleich, welcher, die Absicht hat eine Verbindlichkeit einzugeben, aber das entscheidende Wort noch nicht gesprochen hat ».

(1) Vedremo in seguito che l'obbligazione derivante da un titolo di credito è un'obbligazione *formale*, in cui cioè, data la manifestazione di volontà, la legge presume *iuris et de iure* la volontà. Ma è facile scorgere che, anche in questo caso, la obbligazione si fonda sulla volontà. Egualmente sulla volontà del debitore deve dirsi fondata l'obbligazione tanto nella teoria dell'atto unilaterale, in cui la sola volontà del debitore è decisiva, che nella teoria contrattuale, in cui il concorso della volontà del debitore è, se non sufficiente, necessario alla costituzione del vincolo giuridico. Dalla volontà del debitore si potrebbe astrarre solo quando la obbligazione si facesse derivare esclusivamente dalla legge. Ma, come nota giustamente il BONELLI (*Contributo ad una teoria scientifica dei titoli di credito*, Estratto dalla *Giurispr. ital.*, 1897, pag. 28), il fondamento dell'obbligazione è sempre la volontà del debitore, sia direttamente, se egli ha voluto l'obbligazione, sia indirettamente, se ha voluto soltanto in modo mediato o immediato il fatto che ha dato luogo all'obbligazione.

(2) Analogo è il concetto del FONTENAY (*Die Wechselforderung hat ihren Grund in einem Vertrage* nella *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, XVIII, pag. 41) il quale dice che prima del passaggio del titolo dalle mani di chi ha formato la scrittura nelle mani di un altro « existirte der Wille nur in Innern des Wollenden, mag er durch geschriebene Worte ausgesprochen worden oder ganz im Innern verschlossen geblieben sein, und er konnte in diesem Stadium zu ieder Zeit, ohne rechliche Folgen, zurückzulassen, wieder aufgegeben werden ».

(3) Se fosse altrimenti, l'obbligazione sarebbe fondata non già sulla volontà, ma sulla legge esclusivamente.

Corrispondentemente alla volontà, anche la manifestazione sua deve constare di due elementi: la creazione effettiva del titolo, e la messa in circolazione di esso. Il modo con cui il titolo è messo in circolazione è indifferente: può essere una tradizione vera e propria o anche una derelizione. Anzi, trattandosi di un negozio giuridico unilaterale, la sola parte rilevante della emissione sarà quella che è opera esclusiva del debitore (1).

III. — 4. I principii fin qui posti, e che si possono in breve riassumere: *a*) nella unilateralità della obbligazione contenuta in un titolo di credito; *b*) nella perfezione della obbligazione mediante la creazione del titolo e lo spossessamento di esso da parte del debitore, non bastano, evidentemente, a costituire una compiuta teorica dei titoli di credito. Colla unilateralità della obbligazione, la quale si perfeziona

---

(1) Vedi STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, III, pag. 107 e seg. n. 21 e pag. 204; JOLLY, *Die neuere Litteratur des Wechselrechts* in *Kritische Vierteljahreschrift*, II, 1860, pag. 552 e segg.; GOLDSCHMIDT, Recensione al FITTING, *Die Natur der Korrealobligationen* nella *Zeitschrift*, III, pag. 275; GERBER, *Das deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen*, 3ª ediz., Erlangen, 1876, § 161, n. 2; PERNICE, Recensione al SIEGEL, *Das Versprechen*, nella *Zeitschrift für das g. H. R.*, XX, pag. 298; ECCIUS in FÖRSTER, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts*, 5ª ediz., Berlin, 1886-88, pag. 372. Il NAVARRINI, nel suo recente lavoro *Intorno alla natura giuridica dei titoli di credito*, Torino, 1898, n. 49, ripudia tutte le così dette *Emissionstheorien*, perchè « esse vengono a negare che il sottoscrittore possa rimanere obbligato, di fronte al possessore di buona fede, quando il titolo sia posto in circolazione senza o contro la sua volontà ». Ma l'obiezione cade nel nostro sistema, in cui (come sarà detto in seguito) di fronte ai possessori di buona fede, la emissione volontaria si presume in modo assoluto. Lo stesso deve rispondersi al SEGRÈ, il quale, nell'altro recente scritto sui *Titoli obbligatori al portatore*, nella Parte III del Volume in onore di Francesco Schupfer, Torino, 1898, pag. 27, dichiara non sapere ammettere come l'obbligazione non sia perfetta finchè il titolo è negli uffici del sottoscrittore, e lo diventa invece, se cade dalla finestra nella strada. In questo ultimo caso l'obbligazione non è per nulla perfetta, secondo la nostra teoria, ma lo diviene, quando il titolo va in mano di un possessore di buona fede, perchè allora soccorre la presunzione legale di volontaria emissione. L'emissione volontaria non è poi, come crede il Segrè, elemento *decisivo* della manifestazione di volontà: è semplicemente elemento *costitutivo*.

mediante lo spossessamento da parte del debitore del titolo da esso creato, si lumeggia abbastanza bene il lato *passivo* del rapporto obbligatorio, ma quello *attivo* resta completamente all'oscuro. Resta infatti ancora a vedere *verso chi* si obblighi il debitore, o, in altri termini, chi, in questo rapporto obbligatorio, sorto unilateralmente per fatto del solo debitore, sia il *creditore*. Non si deve dimenticare infatti che ogni rapporto obbligatorio presuppone un soggetto passivo ed un soggetto attivo della obbligazione, per cui arresterebbe la ricerca a metà chi si contentasse di sapere chi è il debitore, e come e quando il debitore si obbliga. In questa ricerca non bisogna perdere di vista quel carattere specialissimo del lato attivo della obbligazione nei titoli di credito, che è l'autonomia del diritto del *creditore* (1). Tralascieremo le svariate teorie enunciate e sviluppate a questo proposito, secondo le quali il creditore sarebbe ora il titolo stesso, ora il pubblico, ora un soggetto giuridico con individualità artificiale, la quale si incorpora in tutti i successivi possessori del titolo, in modo che possa dirsi essere sempre lo stesso il creditore, ora colui che ha acquistato il possesso del titolo, con diritto autonomo in forza, sia dell'acquisto originario, sia della novazione che accompagna ogni acquisto successivo ecc. Queste teorie si imbattono tutte in una di queste due difficoltà: o non spiegano il diritto autonomo del creditore, o danno per creditore un soggetto fantastico completamente all'infuori della realtà del diritto (2).

5. — Per togliere di mezzo tutti questi inconvenienti è stata di recente in Italia ripresa da valenti scrittori una teoria sorta

---

(1) Dico *creditore* perchè la parola è più generica e più corretta. Vedremo in seguito chi è il creditore.

(2) Vedi una critica assai pregevole di queste teorie in tutti gli scrittori che si sono occupati della materia. Vedi ad es. UNGER, *Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere*, Leipzig, 1857, p. 102 e segg.; KUNTZE, *Die Lehre von den Inhaberpapieren oder Obligationen au porteur*, Leipzig, 1857, pag. 187 e segg.; BRUSCHETTINI, *Titoli al portatore*, n. 296 e seg.; da ultimo NAVARRINI, *Titoli di credito*, n. 37-54.

in Germania fin dalla metà del secolo (1), per la quale, durante la circolazione del titolo, l'obbligo del debitore è già sorto ed è per lui vincolativo, ma non è sorto ancora alcun *particolare diritto di credito corrispondente* (teoria della *pendenza*).

Questa opinione fu per la prima volta emessa dallo Jhering, nel 1856. Lo Jhering scorge nel titolo solo il mezzo legalmente garantito per la costituzione della obbligazione, e non già l'obbligazione stessa. Il portatore del titolo si trova rispetto all'obbligazione, nella stessa situazione giuridica dell'erede; ambedue hanno il diritto (mediante presentazione, accettazione) di *acquistare* l'obbligazione e l'eredità, solo che questo diritto nell'un caso è trasmissibile, e nell'altro intrasmissibile. Presso i romani anzi vi era un mezzo per rendere trasmissibile l'eredità, investendone, invece dell'erede, un suo schiavo. Insieme allo schiavo poteva il proprietario trasmettere ad altri il diritto di accettare l'eredità. Colui che, volta per volta, era il proprietario dello schiavo, era anche l'erede, talchè può dirsi non esistere alcun rapporto di diritto romano, che possa maggiormente paragonarsi a quello del moderno titolo al portatore. In ambedue i casi si tratta di una possibilità (facoltà) accordata mediante una cosa (schiavo, titolo) al suo portatore, quindi con essa trasmissibile, di costituire un determinato rapporto giuridico quando a lui piaccia (2). Quanto al vedere se, anche prima della presentazione, l'obbligazione sussista, lo Jhering non crede che questo punto sia di grande importanza pratica. Per vendere il titolo, pignorarlo, e anche, in quanto è possibile, rivendicarlo, non è per nulla necessario il presupporre una già esistente obbligazione. Come quando il proprietario dello schiavo lo rivendica, non intende giuridicamente di rivendicare la eredità, quantunque questa rivendicazione gli assicuri indirettamente il diritto alla eredità, così giuridi-

---

(1) Jhering, *Unsere Aufgabe*, nei suoi *Jahrbücher*, I (1856), pag. 49 e segg.; Goldschmidt, nella *Zeitschr.*, III (1860), pag. 275.

(2) Jhering, op. cit., pag. 49, n. 20.

camente non si può trovare una rivendicazione della obbligazione, nella rivendicazione del titolo al portatore(1).

6. — Alla teoria dello Jhering aderì dapprima il Goldschmidt (2), il quale la ripudiò poi espressamente dichiarandosi «convinto della inconsistenza di questa costruzione», perchè incompatibile colla teoria della proprietà da lui in ultimo accolta, e in parecchi scritti difesa (3). Questa teoria fu anche accolta dal Förster (4), ma lo svolgimento più ampio e compiuto ebbe in due notevoli scritti del Fontenay e del Riesser.

Il Fontenay basa il rapporto obbligatorio derivante da una cambiale, ed, in genere, da un titolo di credito, non sopra una dichiarazione unilaterale di volontà, ma sopra un negozio giuridico bilaterale, cioè sopra un contratto (5). Essendo però necessaria, per la esistenza della obbligazione, la formazione di una scrittura, il primo atto necessario alla creazione del vincolo obbligatorio è la formazione della scrittura. Ma, poichè, anche formata la scrittura, il debitore può sempre ritirare la dichiarazione di volontà, così, perchè vi sia l'offerta contrattuale, è necessario che il titolo esca dalla disponibilità di chi ha formato la scrittura, e passi a disposizione di un altro. A partire da questo momento, l'offerta è irrevocabile (6). Vi è qui una eccezione alla regola generale della revocabilità dell'offerta, perchè, se dovesse aver vigore anche in questo caso la regola che l'offerta è revocabile fino al momento dell'accettazione, verrebbe meno lo scopo dell'istituto cambiario e,

---

(1) Jhering, op. cit., loc. cit. e *Passive Wirkungen der Rechte,* nei *Jahrb.,* X, pag. 446.

(2) *Zeitschrift,* III, pag. 257.

(3) Goldschmidt, *Miszellen zur Theorie der Werthpapiere: Pendenztheorie und Eigenthumstheorie,* in *Zeitschrift,* XXVIII, pag. 63

(4) *Preussisches Privatrecht,* 3ª ediz. I, pag. 364.

(5) Fontenay, *Die Wechselforderung hat ihren Grund in einem Vertrage* nella *Zeitschrift,* XVIII (1873), pag. 40.

(6) È questa anche la teoria del Chironi, *Giurispr. ital.,* 1892, IV, pag. 129 e segg.

in genere dei titoli di credito, (1). L'obbligazione sorge però solo quando l'offerta è accettata, ed il contratto si perfeziona. L'offerta contrattuale nella cambiale e nei titoli al portatore è fatta ad una *persona incerta*, cioè a quella persona che si legittimerà come proprietario del titolo alla scadenza. Quando la *persona incerta* diventa *certa*, e accetta l'offerta con una dichiarazione fatta all'offerente, allora l'obbligazione è perfetta. Colui che ha accettato l'offerta diventa creditore, mentre fino ad allora aveva solo la possibilità di diventare creditore (2).

La teoria del Fontenay, la quale da alcuno è stata battezzata come contrattuale (3), in realtà, può dirsi unilaterale, in quanto che, se non l'obbligo di *soddisfare* la *promessa fatta*, almeno l'obbligo di *mantenerla*, sorgerebbe irrevocabilmente colla sola offerta (4).

7. — La figura giuridica di colui, il quale colla accettazione perfeziona — secondo la teoria del Fontenay — l'obbligazione, viene assai meglio chiarita e definita nella costruzione decisamente unilaterale del Riesser. La promessa di pagare, secondo il Riesser, è fatta non al proprietario del titolo, o al portatore, ma a *colui che presenta il titolo per il pagamento*. Quindi il possesso del titolo da parte di un terzo è indifferente per il debitore, perchè chi ha il titolo, può diventare suo creditore, ma attualmente non lo è; solo colui che lo presenta per la riscossione, diventa, in seguito a questa presentazione, suo creditore. Di qui segue che, finchè il titolo rimane in circolazione, cioè, se noi consideriamo il rap-

---

(1) Fontenay, op. cit., pag. 41 e seg. e pag. 75. Egli si richiama alla necessità del commercio.

(2) Fontenay, pag. 51.

(3) Bruschettini, n. 299 e nota 22.

(4) Giustamente quindi il Bonelli, *Contributo* ecc., pag. 41, dice: «Per noi non sono che *pseudo contrattuali* anche quelle teorie, le quali credono conciliabile coll'idea del *contratto* l'assumere come termine attivo del rapporto il *pubblico* o l'*incerta persona* (questa sia *direttamente*, sia coll'*intermediario* del prenditore)».

porto del primo con un ulteriore, fino all'ultimo prenditore, esso rimane quello che è secondo la sua natura, cioè *cosa*.

Ma quando il titolo, mediante la presentazione, esce di circolazione, anche quella *possibilità* di diventare creditore che risiede nel possessore (così nel primo come nell'ultimo) diventa una *realtà esistente*. Il Riesser perciò distingue: il diritto *sul titolo (auf das Papier)* e il diritto *derivante dal titolo (aus dem Papier)*. Le questioni relative al così detto diritto *sul* titolo, come cosa, devono decidersi pei titoli al portatore (1) come per ogni altra cosa. Peculiari alla teoria dei titoli al portatore non sono che le questioni riguardanti il diritto *derivante* dal titolo di fronte all'emittente. Per il diritto *derivante* dal titolo è perfettamente indifferente il diritto *sul titolo*. Qui il Riesser prevede un'obiezione. Come, si potrebbe dire, allora l'emittente deve pagare a quel presentante, che egli sa avere rubato il titolo? E se non lo deve, ciò non dimostra che il *diritto sul* titolo non è pienamente indifferente al *diritto derivante* dal titolo? A questa obiezione il Riesser risponde: L'emittente promette il pagamento al presentante: egli cioè promette il pagamento a colui, il quale vorrà in seguito presentare a lui la sua promessa di pagamento redatta in iscritto. Chi la presenta, diventa immediatamente creditore. Il debitore ha dichiarato di non voler far dipendere la sua volontà di pagare da altro che dal solo *fatto* della presentazione. Presentante può diventare anche l'inventore, anche il ladro. Quindi anche il ladro, l'inventore è creditore, appena egli presenta al debitore la promessa di pagamento da lui redatta in iscritto, poichè esclusivamente la presentazione, così volle il debitore, deve essere bastante perchè egli paghi. Perciò il debitore non deve, come tale, far questione della buona o della mala fede del presentante, giacchè il presentante come tale non può, rispetto all'emittente come tale, essere in mala fede. Il debitore deve essere obbligato senza poter pretendere una prova della legittimità

(1) La teoria fu dal RIESSER formulata per i soli titoli al portatore.

del possesso da parte del presentante. Il commercio moderno richiede che il titolo al portatore possa rapidamente passare di mano in mano, e che a nessuno, all'atto della presentazione, si possa chiedere conto di ciò che precedentemente è accaduto. Soltanto, se il presentante avesse rubato il titolo all'emittente, questi potrebbe da lui rivendicarlo e quindi rimanere liberato. Poichè poi il presentante diventa creditore mediante la presentazione, ciò vuol dire che prima della presentazione nessuno è creditore. Ma essendo il presentante il primo ed unico creditore, egli, come presentante, cioè come creditore, non è giuridicamente il successore di alcuno: il debitore non gli può opporre eccezioni *ex persona* dei suoi *danti causa*: egli ha un diritto autonomo, non derivato, rispetto al debitore (1).

8. — La teoria del Riesser che, nelle sue linee generali, appare come abbastanza logica e completa, presenta, ad una più accurata disamina, il fianco ad una serie molteplice di critiche e di obiezioni. In ispecie, data anche come accettabile, la teoria, resta ancora: 1° a dimostrare, più che con una semplice affermazione, che, durante la circolazione del titolo la qualità di creditore rimane ancora in sospeso; 2° a sapere se soltanto la qualità di *creditore* rimanga in sospeso durante la circolazione, o anche il *diritto di credito*; 3° a giustificare alcune gravi inconseguenze della dottrina, come ad esempio, quella di considerare i possessori del titolo, durante la circolazione, come il mezzo per far giungere il diritto al presentante, mentre la convinzione comune considera invece il titolo come il documento di un diritto esistente in chi lo possiede; 4° ed infine, posta l' inesistenza del creditore durante la circolazione, a stabilire quale fosse la condizione giuridica dei possessori durante la circolazione.

9. — A colmare le lacune lasciate dagli scrittori tedeschi alla teoria della pendenza, ed a rispondere alle obiezioni sol-

(1) Riesser, *Zur Lehre von der rechtlichen Natur der Inhaberpapiere*, nella *Zeitschrift*, XXVIII, pag. 56-61.

levate contro di essa, si sono accinti recentemente due scrittori italiani, il Bonelli ed il Navarrini. Il chiarissimo Bonelli, in un lavoro veramente dotto e denso d'idee (1), dopo aver decisamente fondato sulla sola volontà dell'emittente l'obbligazione contenuta in un titolo di credito, passa a costruire nel seguente modo la teoria relativa al lato *attivo* del rapporto creditorio per tal modo creato.

La dichiarazione unilaterale di volontà dell'emittente di un titolo destinato alla circolazione — dice il Bonelli — produce, *in modo immediato*, vincolo nel suo patrimonio, ma non ancora alcun particolare diritto di credito corrispondente. L'obbligo dell'emittente non è già contratto verso una determinata persona, ma unicamente verso il *destinatario della prestazione*, e tale è chi si presenta ultimo possessore del titolo nelle forme proprie della sua circolazione. Possesso ed osservanza delle forme circolatorie sono dunque per il Bonelli i due estremi necessari per la *esistenza del credito*. Il che porta di necessità a negare il rapporto di credito durante la circolazione del titolo. Questa conclusione a cui erano giunti anche il Fontenay ed il Riesser, ma senza darne una sufficiente dimostrazione, il Bonelli conferma con una dimostrazione meravigliosa per stringatezza di logica e per concatenazione di idee, ma non forse altrettanto convincente.

10. — Egli comincia col notare che, pei titoli di credito *non si dà possesso illegittimo del credito*, ma, invece, il *possesso del titolo* è sempre inscindibile dal *diritto di esigere* (possesso legittimo del credito). Il credito è un diritto, il quale o si ha, o non si ha, ma non si può avere senza il diritto di averlo, il che costituirebbe una contraddizione in termini. Il ladro del titolo al portatore sarà dunque un creditore di mala fede, ma è *un creditore*, anzi è *il creditore*, perchè le condizioni del

---

(1 BONELLI, *Contributo ad una teoria scientifica dei titoli di credito*. Estratto dalla *Giurispr. ital.*, Torino, 1897.

diritto di esigere si sono per lui verificate; egli è dunque il *destinatario della prestazione.*

Ma, non solo nei titoli di credito non si dà, per il Bonelli, possesso illegittimo del credito: non si dà neppure *possesso del credito*, come figura separata dalla proprietà: o — in altri termini — *il diritto di esigere è inscindibile dalla proprietà del credito.* Non si deve dimenticare che nei titoli di credito non può esercitarsi il diritto di esigere senza la presentazione *del titolo.* E poichè il possesso del titolo debitamente qualificato attribuisce la proprietà del credito, si vede come il *diritto di esigere* non può separarsi dalla proprietà del credito.

Finalmente nei titoli di credito non si dà neppure *proprietà del credito*, anzi, fino a che il possessore del titolo, togliendo ad esso il carattere circolativo, o tenendolo in sua mano, quando perde di per sè questo carattere, si presenta al debitore come il destinatario della prestazione promessa, non vi è neppure *credito.* Vi è solo un *diritto di esigere* la prestazione promessa, o la *legittima aspettativa* di tale facoltà, se il titolo non è ancora scaduto. Non si ha credito, perchè il credito è un rapporto patrimoniale (personale), mentre quella facoltà e quella aspettativa non furono mai assorbite nel patrimonio, ma sono inerenti al titolo e restano in esso localizzate come una sua *accessione* (1). Se si vuol parlare di *proprietà del credito*, si deve intendere questa frase in senso improprio di *facoltà di esigere*, ma non già nel senso proprio di *elemento patrimoniale*, di collegamento del credito nel patrimonio, e quindi come disponibilità del credito separatamente dal titolo.

Riassumendo dunque la sottilissima costruzione del Bonelli, dovremo dire: 1° che fino alla presentazione del titolo per il pagamento non esiste *credito* nel senso vero e proprio delle parole, come elemento patrimoniale; 2° ma esiste solo una *facoltà di esigere* inerente al titolo, se questo è scaduto o non ha scadenza, o la *legittima aspettativa* di tale facoltà, se il titolo non è ancora scaduto. Nei titoli a scadenza si avreb-

(1) Bonelli, *op. cit.*, pag. 48.

bero quindi tre stadi: *a*) prima della scadenza, vi sarebbe nel possessore una legittima aspettativa della facoltà di esigere; *b*) dopo la scadenza, una vera facoltà di esigere; *c*) alla presentazione, un vero e proprio credito. Nei titoli senza scadenza, gli stadi sarebbero due soltanto: *a*) diritto di esigere, prima della presentazione; *b*) credito, alla presentazione.

11. — Alquanto diverso pare il pensiero del Navarrini, per quanto invece egli dica di deferire alle idee del Bonelli (1). Anche per il Navarrini durante la circolazione il credito non è sorto ancora; vi è soltanto il *germe* del credito, e nel possessore una legittima aspettativa del diritto di credito. Creditore è colui, il quale è possessore del titolo, il giorno in cui questo *cessa di circolare*, o cioè, o il giorno in cui la virtù circolativa gli è tolta dalla legge, come accade nei titoli all'ordine alla scadenza, o il giorno in cui il titolo è presentato per il pagamento. Finchè il titolo circola, l'obbligazione irrevocabile contenuta in esso non si completa nel suo lato attivo, non dà, cioè, origine ad un vero e proprio diritto corrispondente (2). Le diversità della teoria del Navarrini (che è, del resto, la teoria tradizionale della pendenza, come la troviamo nello Jhering, nel Fontenay e nel Riesser) con quella del Bonelli sono evidenti. Infatti, nei titoli con scadenza, il Navarrini: *a*) fa sorgere il credito al momento della scadenza, e non già a quello della presentazione, come vuole il Bonelli, e quindi, dopo la scadenza, ma prima della presentazione, ammette l'esistenza di un vero credito, e non di una semplice facoltà di esigere; *b*) prima della scadenza ammette una legittima aspettativa di credito e non una aspettativa della semplice facoltà di esigere. Nei titoli senza scadenza il Navarrini ammette prima della presentazione una *aspettativa* di credito e non la così detta *facoltà di esigere* del Bonelli.

L'analisi del Bonelli è, senza dubbio, più profonda, mentre

(1) Navarrini, *Intorno alla natura giuridica dei titoli di credito*, pag. 57.
(2) Navarrini, *op. cit.*, pag. 57, 58-61.

la costruzione tradizionale del Navarrini ha forse il merito della semplicità. Tuttavia, a me sembra che l'una sia troppo astratta e sottile, e l'altra del tutto insufficiente per dare una costruzione tranquillante del lato passivo della obbligazione incorporata in un titolo di credito. Un esame accurato degli inconvenienti che l'una e l'altra presenta ci agevolerà, io spero, la strada ad una teorica che possa dare una spiegazione soddisfacente della autonomia del diritto dell'ultimo possessore del titolo, e della condizione giuridica dei possessori intermedi.

12. — I punti deboli della teoria del Bonelli sono due, principalmente. Il 1° riguarda la così detta facoltà (diritto) di esigere, inerente al titolo, concepita come qualche cosa di diverso dal diritto di credito. Il 2° riguarda la difficoltà, data una simile costruzione, di concepire, anche dopo la presentazione, un credito staccato dal titolo, che formi un elemento del patrimonio del presentante.

Quanto al primo punto, il concetto del Bonelli può, senza esagerazione, tacciarsi di soverchia sottigliezza, quando egli dice che « *la proprietà del credito* non si manifesta che come diritto di esigere inerente al titolo, e non come *collegamento del credito nel patrimonio* (e quindi *come disponibilità del credito*): è un'accessione del titolo, e non un *elemento patrimoniale* (proprietà) » (1). Certo, il titolo di credito portando con sè incorporato il credito, una proprietà del credito isolata dal possesso del titolo non è concepibile. Ma da ciò non può inferirsi, che durante la circolazione non vi sia proprietà del credito, o, peggio, che non vi sia credito addirittura. Vi è un credito di natura speciale, un credito *sui generis* (lo vedremo poi), ma credito vi è. Negare l'esistenza del credito solo perchè non è possibile adattare a questo credito speciale le regole che valgono pei crediti ordinari, i quali possono benissimo cedersi, indipendentemente dal titolo costitutivo, val quanto fer-

(1) Bonelli, pag. 36.

marsi a mezza strada nella ricerca. Poichè, domando io, a questo *diritto di esigere inerente al titolo* che cosa manca per essere un *credito?* Il collegamento nel patrimonio, l'essere esso un elemento patrimoniale, risponde il Bonelli. Ma che il credito contenuto in un titolo di credito non faccia parte del patrimonio del possessore del titolo, nessuno certo vorrà sostenere. Ne fa parte economicamente, perchè esso costituisce un *valore* che può essere scambiato con altri valori, e lo afferma lo stesso mio dottissimo contradittore, quando dice che «*qualcosa di attualmente esistente vi è nel patrimonio del possessore del titolo, ed è solo perciò che il titolo ha per il patrimonio stesso un valore economico che lo rende commutabile con altri valori*» (1). Ne fa parte giuridicamente, perchè il possessore ha (nei titoli senza scadenza, ad ogni momento, nei titoli a scadenza, dopo la scadenza) non solo la *possibilità materiale*, ma il *diritto* di esigere la prestazione menzionata nel titolo. La difficoltà a cui vuole ovviare il Bonelli, negando l'esistenza del credito durante la circolazione del titolo, è quella di dover ammettere, assieme alla *proprietà*, una *disponibilità* del credito stesso da parte del titolare, e quindi un trasferimento del credito, il quale, per necessità logica e giuridica, dovrebbe porre il nuovo creditore nella medesima condizione giuridica del creditore anteriore, e non già in quella di un *homo novus*, con diritto proprio ed autonomo. Ma per evitare questa egli incappa, nella seconda parte della sua teoria, in una difficoltà assai peggiore. Infatti, per darsi *proprietà del credito*, è necessario, secondo il Bonelli, il *collegamento del credito nel patrimonio*, cioè la *disponibilità del credito*, e senza una tale disponibilità si ha una mera *facoltà di esigere* inerente al titolo. Il credito vero e proprio sorge, per il Bonelli, solo al momento della presentazione del titolo. Ma io non vedo in che sia cambiata la condizione delle cose dopo la presentazione. Se infatti la proprietà del credito si manifesta come collegamento del credito nel patrimonio, e quindi

(1) BONELLI, pag. 48.

come disponibilità del *credito*, indipendentemente dal *diritto di esigere inerente al titolo*, dovremo concludere che *neppure dopo la presentazione si ha proprietà del credito.* Ed invero, o, dopo la presentazione, il titolo è restituito o distrutto perchè pagato, ed allora è evidente che non è possibile disporre del credito, per la sola ragione che esso è estinto. O, invece, esso resta nelle mani del possessore, ed allora sarà egualmente impossibile disporre del credito separatamente dal diritto di esigere inerente al titolo, ma l'unico mezzo di rendere altri creditore sarà egualmente quello di trasmettergli il titolo. Senza contare che, se il solo fatto della presentazione bastasse a far sorgere un credito prima inesistente, quando fosse trasmesso un titolo dopo la presentazione, dovrebbe il nuovo possessore essere passibile delle eccezioni opponibili al possessore presentante: il che non è, e sarebbe assurdo che fosse. In conclusione, può dirsi, che, applicando rigorosamente la teoria del Bonelli, deve giungersi alla conseguenza che, nei titoli di credito, nè *prima* nè *dopo* la presentazione, vi è mai, credito, ma il credito sorge soltanto al momento in cui il titolo è ritirato dall'emittente o è distrutto, cioè al momento in cui l'obbligazione si estingue.

13. — La teorica del Navarrini non parla affatto di una *facoltà di esigere* inerente al titolo durante la circolazione, ma, occupandosi solo della condizione del possessore *rispetto al credito*, si richiama ad un concetto già accennato dal Bonelli (1), stabilendo che « nel titolo di credito, durante la sua circolazione, non è contenuto se non il *germe* del credito, se non una *legittima aspettativa* che non assurge a diritto vero e proprio per tutto quel tempo ». Questa teoria si presenta certo come assai più semplice. Ma essa pecca da un lato per insufficienza di analisi, dall'altro perchè — come tutte le *Pendenztheorien* — urta inesorabilmente in alcune obbiezioni, alle quali non pare sia stata data dal Navarrini, nè da altri, una risposta soddisfacente.

---

(1) BONELLI, *op. cit.*, pag. 54.

Vedemmo come la sottilissima e dottissima analisi del Bonelli circa la condizione del possessore non abbia dato risultati pari alla profondità delle ricerche: il Navarrini, pur accettando, in gran parte, i risultati di quella analisi, vi arriva per una strada che vorrebbe essere più semplice, ma che, in realtà, lo conduce solo a metà del cammino. Egli si limita a dedurre da ciò che la promessa dell'emittente è fatta *direttamente* al presentante, la conseguenza che il credito sorge solo nel presentante, e che durante la circolazione non v'ha *credito*, ma solo *germe di credito*. Ma è questa una costruzione affatto aprioristica, la quale — come osservò benissimo il Vivante — urta contro la convinzione comune, che ritiene, il titolo di credito, durante la circolazione, *come il documento di un diritto esistente*.

14. — A ciò si aggiunga che a questa ed alle altre obiezioni fatte al concetto del credito non esistente ancora durante la circolazione, mi sembra che nè il Bonelli, nè il Navarrini rispondano compiutamente. Si noti che, riconoscendo la gravità di queste obiezioni, io non intendo affatto negare la possibilità di un credito *impersonale* (1), di un credito cioè il quale corrisponda bensì ad un vincolo irrevocabile costituito nel patrimonio del debitore, ma a cui non corrisponde ancora una persona che attualmente sia proprietario di esso. Certo, dopo l'emissione, ma prima che altri venga in possesso del titolo, il credito è impersonale, ma dopo che esiste un possessore, chi non sente che la posizione è mutata e che un creditore è sorto? Se io getto per la strada un titolo al portatore da me sottoscritto, io sono certamente già obbligato, ma non posso dire di avere una determinata persona come creditore: sarà solo possibile che il creditore sorga. Ma se altri lo trova, allora la possibilità si è concretata, ed il credito da *possibile* e *impersonale* è diventato *reale* e *personale*. E che il credito del possessore di un titolo di credito sia attuale lo

(1) Realmente, il BONELLI, dice che si usa qui la parola *credito* per intendersi: ma che, realmente, credito non si ha ancora.

dimostra, anzitutto, come già si disse, la convinzione comune che ritiene il possessore medesimo titolare di un diritto *attuale*, e non già di una semplice *aspettativa*. Lo dimostra l'esistenza dei diritti di garanzia, e degli altri diritti inerenti al titolo, come il diritto agli interessi nelle obbligazioni dello Stato e delle società, ecc. Il Bonelli e con esso il Navarrini rispondono che può darsi benissimo una garanzia per un diritto futuro, per una semplice aspettativa (1). « Appunto perchè un diritto esiste, inerente al titolo — dice il Bonelli — e *mediatamente* contenuto perciò nel patrimonio del possessore di questo in forma di credito non ancora appropriato, ma appropriabile, si spiega altresì l'esistenza e il passaggio delle *garanzie* a difesa del diritto stesso, come accessori complementari del titolo cui esso è inerente, potendosi benissimo dal debitore *garantire un credito futuro*, specie quando il *vincolo* (lato passivo dell'obbligazione) già esiste; e si spiega egualmente bene che il possessore del titolo possa, e debba anzi (per la sua responsabilità di fronte ai possessori futuri) fare tutti gli atti conservativi delle garanzie medesime » (2).

Certo, io non ho difficoltà ad ammettere una garanzia *impersonale* inerente ad un credito *impersonale*, e concedo pure che il debitore, obbligandosi irrevocabilmente, accompagni la sua obbligazione con delle garanzie, destinate ad accrescere il valore, e con esso, la sicurezza della circolazione del titolo, ma quello che duro fatica ad immaginare è una garanzia *personale* inerente ad un credito che *non esiste*, o, in altri termini, non ammetto che il possessore, *non creditore*, possa essere garantito di un credito che egli *non ha*. Ora questa appunto sarebbe la conseguenza a cui si giungerebbe colla teoria qui combattuta, giacchè — come è noto — nei titoli all'ordine il possessore ha diritto di chieder cauzione al traente ed ai giranti (art. 315 cod. di comm.). Ma ciò, come potrebbe avvenire se il possessore non fosse creditore? (3) Si risponde: per-

(1) Bonelli, pag. 49; Navarrini, pag. 62.

(2) Bonelli, pag. 49.

(3) Ogni giratario ha poi diritto di chiedere cauzione agli obbligati ante-

chè il possessore ha la legittima aspettativa di un credito. La legge però non accorda alcuna protezione a queste aspettative, tanto che le esclude perfino dal beneficio della irretroattività (1).

15. — Quanto alla obiezione desunta dal fatto che, durante la circolazione del titolo, competono al possessore diritti incontestabilmente *attuali* (2), il Bonelli ed il Navarrini rispondono distinguendo il *diritto di credito* dalle altre *utilità inerenti al titolo*. « Quanto poi agli altri diritti — dice il Bonelli — distinti dal diritto di credito, ma che accompagnano eventualmente il possesso di certi titoli di credito, come il diritto agli interessi o dividendi (non rappresentati da titoli separati), il diritto alla partecipazione alle assemblee ecc., nelle azioni *sociali*, io non veggo come essi contraddicano alla sospensione del diritto di credito, e non si confondano con questo: anch'essi del resto, sono utilità attuali e concrete, solo per il possessore che si trova tale *nel momento di esercitarli:* semplici aspettative di diritti futuri ed eventuali per gli altri » (3). E il Navarrini aggiunge: « In quanto agli altri diritti *distinti* dal diritto di credito, si può benissimo concepire che il possessore del titolo sia già investito di questi, se appunto si sono avverate le condizioni per esercitarli, e rimanga sempre *sospeso* il perfezionamento del primo, fino a che la legge o un fatto del possessore non gli diano vita » (4).

---

riori. Questo diritto, come giustamente osserva il NAVARRINI, pag. 64, dipende dall'obbligo che al giratario incombe di dar cauzione al possessore: ma il diritto del possessore non ha, nè può avere altro fondamento che la qualità di creditore ad esso inerente. Colui il cui credito è sottoposto a condizione sospensiva, può — è vero — ottenere garanzie, ma in questo caso il credito non è *eventuale*, è *attuale:* l'obbligazione, anche dal suo lato attivo, esiste: solo ne sono sospesi gli *effetti*.

(1) WINDSCHEID, *Pandekten*, § 32.

(2) Se così non fosse, come dice giustamente il GIERKE, Recensione all'Endemann, nella *Zeitschrift*, XXIX, p. 257 « bis zur *Presentation der Staatschuldscheine*, der Staat keinen Glaübiger hatte, und eine Aktiengesellschaft, mit Inhaberaktien während der grossen Theiles ihrer Existenzdauer ohne Mitglieder bestünde ». Vedi anche BRUSCHETTINI, n. 300.

(3) BONELLI, p. 51.

(4) NAVARRINI, *op. cit.*, p. 62.

Malgrado l'ingegnosità di questa teorica, essa tuttavia si palesa inaccettabile. Anzitutto questi diritti di cui si parla, e di cui non è possibile negare la esistenza *attuale* e *reale* nel patrimonio del possessore; non sono diritti per sè stanti, ma diritti *accessori* del diritto di credito, dal quale non si possono immaginare isolati. Pongasi, ad esempio, il diritto agli interessi. Come si fa ad immaginare *un diritto agli interessi di un credito che non si ha*? Da qualunque parte si volti la cosa, si ha sempre una contraddizione in termini stridente. Ma, ammettiamo pure che si tratti di diritti distinti dal diritto di credito, e perfetti quando il diritto di credito è ancora in sospeso. Se il diritto agli interessi, ad esempio, è perfetto nel primo, come nel secondo, come nel terzo possessore, è evidente che ognuno dei possessori non può averlo aquistato che dal possessore precedente; e questi deve averlo *trasmesso* a quello. Altrimenti, dirò alla mia volta col Bonelli, dove sarebbe esso andato? È allora, come si spiega la posizione autonoma di ogni possessore rispetto a questi diritti staccati dal diritto principale di credito? Ecco dunque che la difficoltà evitata per il diritto principale, risorgerebbe ancora per i diritti accessori.

16. — Ma, oltre a queste obiezioni, le quali — come si è visto — restano intatte anche dopo le confutazioni del Bonelli e le osservazioni del Navarrini, altre si possono opporre al concetto della inesistenza del credito durante la circolazione del titolo (1).

---

(1) Non conto fra queste l'obiezione del BRUSCHETTINI, n. 299, che sia inammissibile nel nostro diritto un contratto *cum incerta persona*. Questa obiezione cade, dando alla teorica della pendenza una base unilaterale. E neppure ha valore l'altra obiezione, che se prima della presentazione, non c'è diritto di credito, vuol dire che unicamente dalla presentazione, e non dalla scadenza dovrebbe cominciare la prescrizione, il che non è (BRUSCHETTINI, n. 300, nota 26 e FELLNER, *Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere*, Frankfurt, 1883, pag. 29). Questa obiezione fu bene confutata dal NAVARRINI, pag. 63, con la osservazione che, nei titoli a scadenza, è appunto dalla scadenza e non dalla presentazione che nasce il diritto, e che, del resto, nel caso in cui il nascere del diritto di-

Questa teoria infatti immette nel concetto dei titoli di credito, e più specialmente dei titoli al portatore un elemento artificioso, che non può esser presunto « e che per di più è contrario alla natura letterale dell'obbligazione. » È noto che tal natura fa sì che l'obbligazione debba essere regolata strettissimamente a tenore del titolo. Ora, nei titoli al portatore, l'obbligazione deve dirsi, a tenore del titolo, assunta verso il *portatore* e non verso il *presentante:* chiamare creditore il presentante, è lo stesso che introdurre nella obbligazione un elemento che non si trova affatto nella scrittura.

Nè deve poi trascurarsi l'altra giusta osservazione fatta dal Kuntze, e rimasta tuttavia senza risposta, circa la conseguenza che deriva da ciò che un titolo, il quale in commercio rappresenta un determinato valore patrimoniale, deve giuridicamente acquistare questo valore solo al momento in cui il suo corso è finito, che l'obbligazione deve sorgere per la prima volta in quello stesso momento in cui essa, per essere stata fatta valere, vien meno, e infine che l'atto giuridico (presentazione, richiesta), il quale, secondo il comune significato, è ritenuto solo come il modo, con cui vien fatta valere una obbligazione acquistata, debba essere considerato altresì come fornito del significato di un acquisto di obbligazione (1).

Ed, in ultimo, non è senza valore l'accusa mossa ultimamente dal Bolaffio a questa dottrina, d'essere cioè soverchiamente astratta e metafisica (2). Il Bonelli acutamente prevede l'obiezione e risponde: « Ad ogni modo non basta dire che questa costruzione è sbagliata, oppure (come argutamente la qualificherebbe il Bolaffio) *nebulosa per sforzo eccessivo di analisi astratta*, una *super dottrina:* bisogna dire che cosa è questa *obbligazione che s'acquista per mezzo del titolo* senza che *si riceva da colui che trasmette il titolo,* che cosa è questo cre-

---

pende dalla libera volontà di colui che può diventare creditore, la prescrizione comincia anche prima che sia sorto.

(1) Kuntze, *Die Lehre von der Inhaberpapieren,* Leipzig, 1857, p. 251.

(2) Bolaffio, Recensione al Bruschettini, nella *Rivista ital. per le scienze giuridiche,* 1897 (XXIV) p. 251.

dito che senza *essere in sospeso*, ed appartenendo però *successivamente a ciascun possessore*, si trova tuttavia in mano di chi lo esercita senza che gli sia stato *ceduto*, e come se i precedenti possessori *non* esistessero (o per adoperare l'espressione di Lyon-Caen et Renault, comme ayant toujours été le seul créancier) » (1) E questo appunto tenteremo ora di fare.

IV. — 17. Chi, indagando sulla condizione giuridica del possessore di un titolo di credito, o del credito stesso durante la circolazione, o, in altri termini, studiando il *lato attivo* della obbligazione contenuta in un titolo di credito, voglia giungere ad una costruzione non aprioristica, ma rispondente alla realtà delle cose, deve far capo ad un metodo di ricerca rigorosamente *positivo*. Non basta dunque dedurre senz'altro da un principio astratto un'altra astratta conseguenza, ma a questa conseguenza bisogna giungere per mezzo di una ricerca penetrante e diretta. Questo ha tentato di fare — come vedemmo — il chiarissimo Bonelli con quella dottrina e quella profondità che tutti gli riconoscono, ma vedemmo pure come questo tentativo non possa dirsi compiutamente riuscito. Noi batteremo dunque altra strada, e con un esame obiettivo della condizione del titolo e del possessore durante la circolazione, cercheremo di desumere un sistema logicamente soddisfacente, nel quale vedremo confermata la conclusione, a cui ci ha condotto finora la critica delle teorie del Riesser, del Bonelli e del Navarrini, vale a dire alla *affermazione del rapporto di credito durante la circolazione del titolo.*

18. — È noto che i titoli al portatore, sorti come necessità giuridica nei primi secoli del medio evo dal divieto della cessione e della libera rappresentanza giudiziaria, e dal principio germanico sulla importanza decisiva del documento per la obbligazione in esso scritta, nacquero colle primitive clausole di *esazione* e di rappresentanza, le quali venivano appunto ad

---

(1) Bonelli, pag. 52.

eludere i due divieti sopra accennati (1). In questo primo periodo, che va fino al secolo X, le forme di clausole al portatore più usate sono le seguenti: « *Tibi aut cui caucione ista dederis ad exigendum: tibi, vel cui hanc cartulam vice vestra* (o *pro parte vestra*) *in manu paruerit: tibi, seu cui brebem iste in manu paruerit* ». La caratteristica di queste clausole era che il possessore del titolo doveva, per esigere, giustificare la sua qualità di cessionario o di rappresentante. Se esse attribuissero al possessore anche un diritto autonomo, si disputa, ma così doveva essere, altrimenti troppo aperta sarebbe stata la violazione del divieto della cessione e della rappresentanza (2). Ma a poco a poco, come in tutti gli istituti giuridici, così anche nei titoli al portatore si perde il ricordo delle origini: il divieto cessa, ma l'uso di emettere obbligazioni al portatore resta, adattandosi ai nuovi bisogni. Prima di tutto comincia a scomparire la clausola *ad exigendum*: in seguito scompare la clausola *pro vice*, e con essa anche la necessità pel possessore di legittimare il suo possesso. Comincia così ad usarsi, a partire dal secolo X, la clausola *alternativa al portatore*, in questa forma più comune: *tibi, seu cui cartula ista in manu paruerit* (3). Qui il portatore non è obbligato affatto a legittimare il suo possesso, e gode di un diritto autonomo di fronte al debitore (4). Infine, anche la menzione del primo prenditore scompare (*clausola pura al portatore*) e il possessore, pel solo fatto del possesso, diventa titolare con diritto autonomo, del credito (5). Il titolo al portatore perfetto, come lo abbiamo anche oggi, è creato.

Da questa sintesi rapidissima dello sviluppo storico dei ti-

---

(1) BRUNNER, nella *Zeitschrift*, XXII, pag. 103 e segg.; SCHUPFER, *Singrafe e chirografi* nella *Rivista ital. per le scienze giur.*, vol. VII, pag. 404.

(2) BRUSCHETTINI, n. 90; *contra* BRUNNER, *Zeitschrift*, XXII, pag. 102 e 115.

(3) WAHL, n. 85; BRUSCHETTINI, n. 105.

(4) BRUSCHETTINI, n. 107; BRUNNER, pag. 131 e seg.

(5) WAHL, n. 109 e seg.; BRUNNER, *op. cit.* e loc. cit.; BRUSCHETTINI, n. 119 e segg.

toli al portatore risulta che l'obbligazione dell'emittente sorge e si afferma sempre come assunta alternativamente verso *tutti* i possessori del titolo. L'emittente promette la prestazione *tibi* (cioè al prenditore immediato) *aut* (alternativo) *cui caucione ista dederis ad exigendum*; — *tibi vel cui hanc cartulam vice vestra in manu paruerit*; — *tibi seu cui cartula ista in manu paruerit*. Ogni possessore del titolo, *in quanto* è possessore, è riconosciuto dall'emittente come creditore. Lo stesso dicasi per i titoli all'ordine: le prime forme di titolo all'ordine portano la clausola *alternativa* all'ordine: *nuncio tuo Alexandrie, filio tuo nominato aut alii quem ordinaveris: aut ei quem mihi ordinaveris; tibi vel tuis aut tuo certo nuncio vel cui mandaveris pro te* (1). Anche qui il diritto del possessore è autonomo (2), perchè, come dice una antica fonte francese « *à ung porteur de lettres il ne lui fault point de grâce, pour ce que l'obligation est faite à luymesme* » (3). Anche nei titoli all'ordine la ricerca storica ci dimostra dunque che essi sono sorti *come il documento di una obbligazione, assunta dall'emittente direttamente verso ciascun possessore come tale.*

19. — Le necessità economiche a cui i titoli di credito soddisfano ci spiegano d'altra parte come si sia giunti a questo concetto dell'obbligazione dell'emittente. Negli odierni rapporti economico-privati ogni intraprenditore (specialmente nel commercio e nella grande industria) ha bisogno di disporre rapidamente e durevolmente di capitali ingenti, che solo dal credito si possono abitualmente ottenere. Donde due requisiti: rapidità nella conclusione degli affari di credito: necessità del credito a lunga scadenza e a mite interesse. Questi due requisiti si ottengono colla semplicità delle forme di diritto per la costituzione dei documenti di credito, e colla facile circo-

(1) GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, pag. 392 nota 31.

(2) GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte*, pag. 393.

(3) *Grand Coutumier de France*, III, cap. 6. Vedi BRUNNER, *Das französische Inhaberpapier des Mittelalter*, pag. 43 e seg.

labilità del credito (1). A queste due necessità provvedono benissimo i titoli di credito, i quali per mezzo di clausole semplicissime (per lo più all'ordine o al portatore) ottengono una circolazione rapidissima *del credito*. Non si confonda a questo proposito il concetto *economico* del credito, col concetto *giuridico*. Lo scopo che si vuole ottenere mediante i titoli di credito è una rapida circolazione del credito come *rapporto economico*, nel senso che quel rapporto economico, nel quale una delle parti ha dato all'altra alcuni determinati beni presenti sulla fede della promessa di altri corrispondenti beni futuri possa, con estrema facilità, costituirsi rapidamente e *successivamente* da chi ha ricevuto la prestazione, con una serie di persone, in modo che la funzione economica di chi ha dato la prestazione possa essere adempiuta da un numero considerevole di subietti economici. O, in altri termini, si vuole ottenere da una parte che l'attesa della controprestazione futura non gravi sopra un solo individuo, e dall'altra che quei vantaggi, che ne formano il corrispettivo, possano essere facilmente permutabili. Ciò posto, si vede che la trasmissione del rapporto economico può ottenersi mediante il trasferimento del *diritto di credito*, cioè — per dirla col nostro Vivante — del diritto che si deve far valere contro un debitore determinato (2), ma può ottenersi anche in altro modo, cioè costituendo un *nuovo vincolo giuridico* fra colui che ha ricevuto la prestazione, e colui a cui la controprestazione futura deve essere fatta. Non solo, ma il trasferimento del *diritto di credito* sarà, di regola, il mezzo *meno acconcio* e meno *rapido* per far circolare il *rapporto economico* di credito. Per il principio che è strettamente di logica giuridica: *nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habeat,* la trasmissione del *diritto di credito* non può avvenire diversamente che trasferendo al cessionario il diritto *così come si trovava presso il cedente*. Po-

---

(1) Cfr. WAGNER, *Del Credito e delle Banche,* nella *Bibl. degli Economisti,* serie 3ª, XI, Torino 1886, p. 466; VIVANTE, *Trattato,* II, 2, n. 814.

(2) VIVANTE, *Trattato,* II, 2, n. 812.

tranno — è vero — le *forme* della cessione semplificarsi fin che si vuole, ma non è assolutamente possibile far sì che il diritto, trasferendosi, non rimanga quello che era. Ora questo è un ostacolo insormontabile alla rapida circolazione del rapporto economico. Quindi, colui, che vuol fare appello al credito, e lo vuole ottenere a mite interesse, a lunga scadenza, deve cercare in altro modo di rendere facilmente circolabile il rapporto economico. Ed egli ottiene ciò molto facilmente, obbligandosi giuridicamente a dare la controprestazione futura, non soltanto a colui che gli ha dato la prestazione presente, ma ad ogni possessore. E secondo che vuol dare al rapporto economico di credito maggiore o minore circolabilità, richiederà nel possessore un possesso semplice (titolo al portatore) o un possesso più o meno qualificato (titolo nominativo, titolo all'ordine). Questo quanto alla *rapidità* della circolazione. Quanto alla *durata* del periodo circolatorio egli o assegnerà all'obbligazione una scadenza più o meno lunga (titolo con scadenza) o non assegnerà affatto scadenza (titolo senza scadenza), secondo che vuol rendere definita o indefinita la circolazione del titolo. Per conseguenza, nei titoli con scadenza, il debitore si obbliga verso tutti i possessori *fino alla scadenza* (1), nei titoli senza scadenza verso tutti i possessori indefinitamente (2). Ecco dunque che le necessità della circolazione del rapporto economico, così come lo sviluppo storico dei titoli di credito ci inducono alla identica conclusione che l'obbligazione dell'emittente è un'obbligazione (come vedemmo, unilaterale) *assunta verso una serie indeterminata di persone.*

20. — Alla stessa conclusione arriveremo studiando *obietti-*

---

(1) Dopo la scadenza non essendovi obbligazione diretta dell'emittente, il rapporto economico non può più trasferirsi che trasferendo il credito, il quale naturalmente passa come si trovava presso l'ultimo possessore (cod. di comm. art. 260).

(2) Quindi non è vero che nei titoli all'ordine a scadenza il debitore si obblighi verso colui che possederà il titolo alla scadenza: no, si obbliga verso tutti coloro che possederanno il titolo, *fino* alla scadenza, così come nei titoli al portatore, senza scadenza si obbliga verso tutti i portatori, indefinitamente.

vamente, in sè, la condizione giuridica del possessore di un titolo di credito.

Vedemmo già, e dimostrammo già largamente, come non possa dirsi che durante la circolazione del titolo sia sospeso il rapporto di credito. Questa dimostrazione negativa del carattere di creditore che spetta al possessore del titolo, ci viene confermata da alcune considerazioni sulla condizione giuridica del possessore stesso.

Che i titoli di credito non siano meri documenti probatori, ma che in essi il credito *sia incorporato* o *connesso* col titolo, è ormai ammesso da tutti gli scrittori, malgrado qualche divergenza più di forma che di sostanza (1). Il lato più importante di questa proprietà dei titoli di credito consiste nella *inseparabilità del titolo dal credito in esso menzionato*, o, meglio, nella *inseparabilità del credito dal possesso del titolo* (semplice o qualificato secondo che si tratti di titolo al portatore, o all'ordine e nominativo). Da questa inseparabilità deriva: 1º che non vi è credito senza possesso (semplice o qualificato) del titolo; 2º che, dato il possesso (semplice o qualificato) del titolo, si ha il credito senza bisogno di alcuna altra circostanza.

Ma se il possessore, *come tale*, è creditore, da ciò consegue inevitabilmente che l'emittente si è obbligato direttamente verso di lui. Infatti, è col possesso del titolo che egli è diventato creditore: perdendo il possesso, cessa di essere creditore. Ma perchè cessa di essere creditore? Due sole ipotesi sono qui possibili: o egli ha trasmesso ad altri il credito, o il credito si è estinto colla perdita del possesso. Ora, la prima ipotesi è esclusa dal fatto che il credito del nuovo possessore non è lo stesso credito del possessore precedente, perchè il suo diritto è autonomo, mentre se fosse lo stesso, avrebbe dovuto essere trasmesso tale e quale per il principio: *nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habeat.* Non resta dunque che la seconda ipotesi, e che cioè il credito si

---

(1) Cfr. ad es. BRUSCHETTINI, n. 374 e seg.; BRUNNER, *Die Werthpapiere*, in ENDEMANN'S, *Hdb.*, II, pag. 143.

sia estinto colla perdita del possesso, e che il nuovo possessore, assieme al possesso abbia acquistato un nuovo diritto. Il che significa ancora una volta che l'emittente si è obbligato non verso una persona determinata, ma verso ogni possessore, *in quanto è possessore*.

Da questo principio deriva che il diritto di ogni possessore è un diritto *condizionato* : sottoposto cioè alla *condizione risolutiva negativa* di non alienare il titolo. Se il possessore aliena il titolo, la condizione si verifica, e il suo diritto resta immediatamente risolto. Se il possessore invece presenta il titolo per il pagamento, l'avveramento della condizione diventa impossibile, e il diritto diventa incondizionato. Egualmente diventa incondizionato presso il possessore alla scadenza, giacchè dopo la scadenza il trasferimento del titolo non produce la creazione di nuovo credito. Qualche cosa di vero vi è dunque nella *teoria della pendenza*, giacchè qualche cosa di realmente pendente vi è durante la circolazione del titolo. Quello che pende però non è, come ritengono i fautori della teoria della pura pendenza (Fontenay, Riesser), l'obbligazione dell'emittente, e nemmeno, come credono il Bonelli ed il Navarrini, il solo diritto del possessore, ma la condizione a cui è legato il diritto del possessore medesimo. Venuta meno (mediante la presentazione o la scadenza) la condizione risolutiva, il diritto diventa puro e semplice.

In conclusione, nei titoli di credito abbiamo *una obbligazione unilaterale assunta dall'emittente verso una serie indeterminata di persone (possessori del titolo), la quale obbligazione, per la sua stessa natura, dà luogo alla costituzione di diritti distinti e successivi.*

21. — Come si vede, ho tentato con questa teoria, di mettere a profitto l'idea geniale del Goldschmidt circa la *costituzione di diritti successivi* nei titoli di credito (1), evitando da altra parte i moltissimi inconvenienti che la teoria del Gold-

---

(1) V. GOLDSCHMIDT, *Miszellen*, pag. 111 e 112.

schmidt, come teoria contrattuale, nel suo complesso, presenta(1). L'obbligazione unilaterale assunta dall'emittente verso la serie indeterminata dei possessori, e quindi verso ognuno dei possessori successivamente, ha bisogno, come ogni altra obbligazione, per sorgere, dell'*accordo* tra la volontà e la manifestazione di volontà. Dato quest'accordo, il vincolo giuridico sorge. Ma si deve notare che non sempre per la validità del negozio giuridico, è necessario l'accordo tra la volontà e la sua manifestazione. Così è nei negozi così detti *causali*, in cui la manifestazione di volontà è presunzione *iuris tantum* di volontà. In questi negozi, data la manifestazione, l'esistenza della volontà efficace e valida viene presunta, fino a prova in contrario. E, d'altra parte, esistendo la volontà, la manifestazione può *di regola* essere fatta in qualsiasi modo (2). Nei negozi *formali* invece la manifestazione di volontà è presunzione

---

(1) Anche il Sacerdoti, nel suo lavoro « *L'opera scientifica di Lewin Goldschmidt* », in cui è una bella sintesi dell'opera dell'insigne maestro, sembra accostarsi, almeno *de iure condendo* ad una opinione che concilii la teoria del GOLDSCHMIDT, con quella dell'atto unilaterale. « Meglio di questo — dice egli — però stimerei forse l'entrar nella via, che conta al presente numerosi fautori fra noi ed anche in Francia, e che è stata seguita dal nuovo codice civile germanico (§ 793), il quale riconosce nell'atto unilaterale dell'emittente il fondamento dell'obbligazione, ciò che nel silenzio della legge non può sottintendersi, date le norme generali della pluralità dei codici civili pei titoli costitutivi delle obbligazioni. E questo non già per motivi di convenienza economica, ai quali si può corrispondere nel modo testè accennato colla teoria dell'atto contrattuale, ma per motivo di giustizia, affinchè si possa giudicare istituita l'obbligazione al momento in cui realmente, posta la natura dei titoli in questione, si deve dire che essa viene a prender vita. Data invero l'incorporazione dell'obbligazione nel titolo, ammessa anche dal Goldschmidt, è logico osservare che essa obbligazione viene, creato il titolo, a formarsi addirittura in confronto della persona indeterminata del possessore e che dessa quindi sorge al momento in cui l'emittente ha perfezionato il titolo ». Confr. SACERDOTI, *L'opera scientifica di Lewin Goldschmidt*. Estratto dalla parte III del volume in onore di F. SCHUPFER, Torino, 1898, pag. 19 e 30.

(2) Dico *di regola*, perchè vi sono alcuni negozi giuridici (c. d. *solenni*), i quali sono bensì semplicemente *causali* nel senso che la manifestazione di volontà è presunzione *iuris tantum* di volontà, ma la volontà, in essi deve essere, a pena di nullità, manifestata in una forma determinata (scritto) v. art. 1314 cod. civile.

iuris et de iure di volontà, e, d'altra parte, la manifestazione deve essere fatta in quella forma determinata (1). Quando la forma in cui tale manifestazione deve essere fatta è lo scritto, o, almeno contiene, come elemento essenziale, lo scritto, si ha — come dice molto bene l'Unger — un negozio formale scritturale. In tal negozio la natura formale si manifesta tanto nei rapporti negativi (astrazione della causa [volontà]), quanto nei rapporti positivi [forma scritta (*scripturae proprietas*)] (2). Ciò appunto avviene nei titoli di credito, nei quali bastano la esistenza del titolo ed il possesso di esso (*semplice* o *qualificato*, secondo che si tratta di titolo al portatore, all'ordine o nominativo) da parte di persona diversa del debitore, per far presumere in questi la volontà di obbligarsi. Se il negozio giuridico è formale, l'obbligazione che ne deriva è *letterale*, perchè, essendo la scrittura elemento sostanziale della manifestazione di volontà, la quale è sufficiente (almeno in certi casi, come vedremo) a far sorgere l'obbligazione, può dirsi che l'obbligazione si fonda in massima parte sulla scrittura, e, ad ogni modo, deve regolarsi, quanto alla sua estensione ed alle sue modalità, a tenore della scrittura. È da notarsi però che questa presunzione della legge, se è *assoluta* non è *universale*, nel senso che vale solo di fronte a certe persone, mentre di fronte a certe altre non vale. Essa vale soltanto rispetto al possessore (*semplice* cioè o qualificato, a seconda della natura del titolo) *di buona fede*, vale a dire solo di fronte a quel possessore, che non conosce il vizio della causa del possesso.

22. — L'intervento della legge a favore del possessore di buona fede a mezzo della presunzione assoluta di volontà, data la manifestazione (specie scritta) risulta da tutto il sistema della nostra legislazione commerciale. Non ripeterò qui gli argomenti, davvero invincibili, desunti così mirabilmente

---

(1) Questa è la ragione per cui non è ammissibile una cambiale oppure una obbligazione al portatore senza lo scritto.

(2) Unger, *Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere*, Leipzig, 1857, pag. 69 testo e nota 11.

dall'illustre Vivante dal codice di commercio e dalle leggi speciali (1). Mi basterà soltanto ricordare l'art. 334 cod. di comm., il quale stabilisce che nei giudizi cambiari non si possono opporre che le eccezioni riguardanti la forma del titolo o la mancanza delle condizioni necessarie all'esercizio dell'azione, o le eccezioni personali a colui che la esercita, venendo così a rendere inopponibili al possessore di buona fede i vizi di dolo, errore o violenza nella volontà; l'art. 57 dello stesso codice, il quale concede il diritto di rivendicare i titoli al portatore smarriti o rubati solo contro coloro che li hanno ricevuti per qualsiasi titolo, conoscendo il vizio della causa del possesso, sancendo, in definitiva, lo stesso principio a favore del possessore di buona fede di un titolo al portatore ecc. (2).

23. — Il Segrè, in un recente pregevole scritto, criticando la teoria del Vivante, secondo la quale l'emittente di un titolo di credito prende una posizione diversa secondo che si trova di fronte il primo prenditore o un possessore successivo, essendo la sua obbligazione verso il primo fondata sul contratto, e quella verso gli altri fondata invece sulla legge (3), propone una costruzione, essenzialmente unilateralistica, ma che si riannoda, in ultima analisi, alla stessa concezione del Vivante. Per il Segrè l'obbligazione è assunta dall'emittente con un atto unilaterale, ma la obbligazione che ne deriva è letterale e *formale*, cioè astratta, solo di fronte ai possessori successivi: di fronte al primo prenditore l'astrazione dalla causa non è possibile. Mentre adunque pel primo prenditore il titolo di credito è semplicemente un titolo *dispositivo nel più ampio senso,* di fronte ai possessori successivi è un titolo *letterale*, in cui l'obbligazione è astratta, cioè isolata affatto dalla causa (4).

---

(1) VIVANTE, *Trattato,* II, 2, n. 825.

(2) V. anche art. 327, 328, 275 e 282 cod. di comm. e 2 e 6 legge 10 agosto 1893.

(3) Questa teoria fu pienamente adottata e difesa dal BOLAFFIO, *Dei titoli all'ordine e al portatore* in *Archivio Giuridico,* LVII, 274-304.

(4) SEGRÈ, *Dei titoli obbligatori al portatore,* Torino 1898, pag. 11-28 del-

L'osservazione che, in alcuni casi, l'obbligazione contenuta in un titolo di credito funziona come obbligazione astratta, mentre in altri casi no, è certamente, come abbiamo visto, esatta. Non può dirsi esatta invece l'affermazione che tale obbligazione è astratta di fronte ai possessori successivi, mentre non lo è di fronte al primo prenditore. Data la manifestazione di volontà, la legge presume la volontà e quindi astrae dalla causa non già di fronte ai possessori successivi, ma di fronte ai *possessori di buona fede*. La legge non distingue fra prenditore immediato e possessore successivo: essa si limita a difendere il possessore di buona fede. Sta bene che il prenditore immediato per essere venuto in rapporti diretti coll'emittente è colui che si trova ordinariamente nelle condizioni di conoscere se il consenso prestato dall'emittente sussiste ed è valido; ma è questa una condizione meramente *di fatto*, la quale concorre *normalmente*, ma può anche non concorrere. Anche il prenditore immediato può infatti credere in buona fede all'esistenza perfettamente valida del consenso dell'obbligato. L'unica distinzione quindi che si può fare non è quella tra *prenditore* e *possessore successivo*, ma fra *possessore di buona fede* e *possessore di mala fede*.

24. — Il Navarrini invece nega *in ogni caso* il carattere formale dell'obbligazione, ed esclude che nei titoli di credito si debba astrarre completamente dalla causa. « L'esempio — dice egli — di molti titoli di credito, come tali comunemente riconosciuti, nei quali è appunto apposito richiamo al rapporto giuridico fondamentale, a cui l'emissione si ricollega, dovrebbe troncare ogni discussione ed ogni dubbio su questo punto. È vero che è innegabile la tendenza ad eliminare sempre più questo elemento inceppante nei titoli di credito, è vero che quanto più l'obbligazione contenuta nel titolo cir-

---

l'estratto. La teoria del Segrè si distingue da quella del VIVANTE solo in ciò che egli non ammette contratto fra debitore e primo prenditore, e nega che sia la legge il fondamento della obbligazione degli altri.

coli isolata dalla sua causa, tanto più sciolta, tanto più facile sarà la circolazione, che non quando il titolo porti con sè il guscio del contratto per il quale la emissione possa aver luogo » (1). Ora che, in certi casi, di fronte cioè ai possessori di mala fede, la legge non supplisce alla deficiente o viziata volontà di obbligarsi dell'emittente, non v'ha dubbio, e neppure v'ha dubbio perciò che allora non può parlarsi di *astrazione* della causa. Ma allo stesso modo è certo che, di fronte ai possessori di buona fede, la obbligazione funziona come una vera e propria obbligazione formale. Si noti però che, così dicendo, io non intendo affatto affermare che si tratti di una obbligazione *senza causa*. La causa c'è, ed essa — come esattamente osserva il Navarrini — può essere anche richiamata nel titolo. La stessa presunzione implica infatti di necessità la esistenza. Nè, d'altra parte, il carattere letterale dell'obbligazione basterebbe, come pur crede il Navarrini (pag. 17), a supplire agli inconvenienti derivanti dall'essere l'obbligazione contenuta in un titolo di credito una obbligazione meramente causale. Se nel titolo non è indicata la causa, e neppure le sue circostanze, l'obbligazione nondimeno sussiste, e la presunzione della legge soccorre egualmente, e con eguale efficacia, il possessore di buona fede. Ciò vuol dire che c'è qualche cosa all'infuori della letteralità nella obbligazione derivante da un titolo di credito.

V. — 25. Riassumo nei seguenti punti i risultati della mia ricerca :

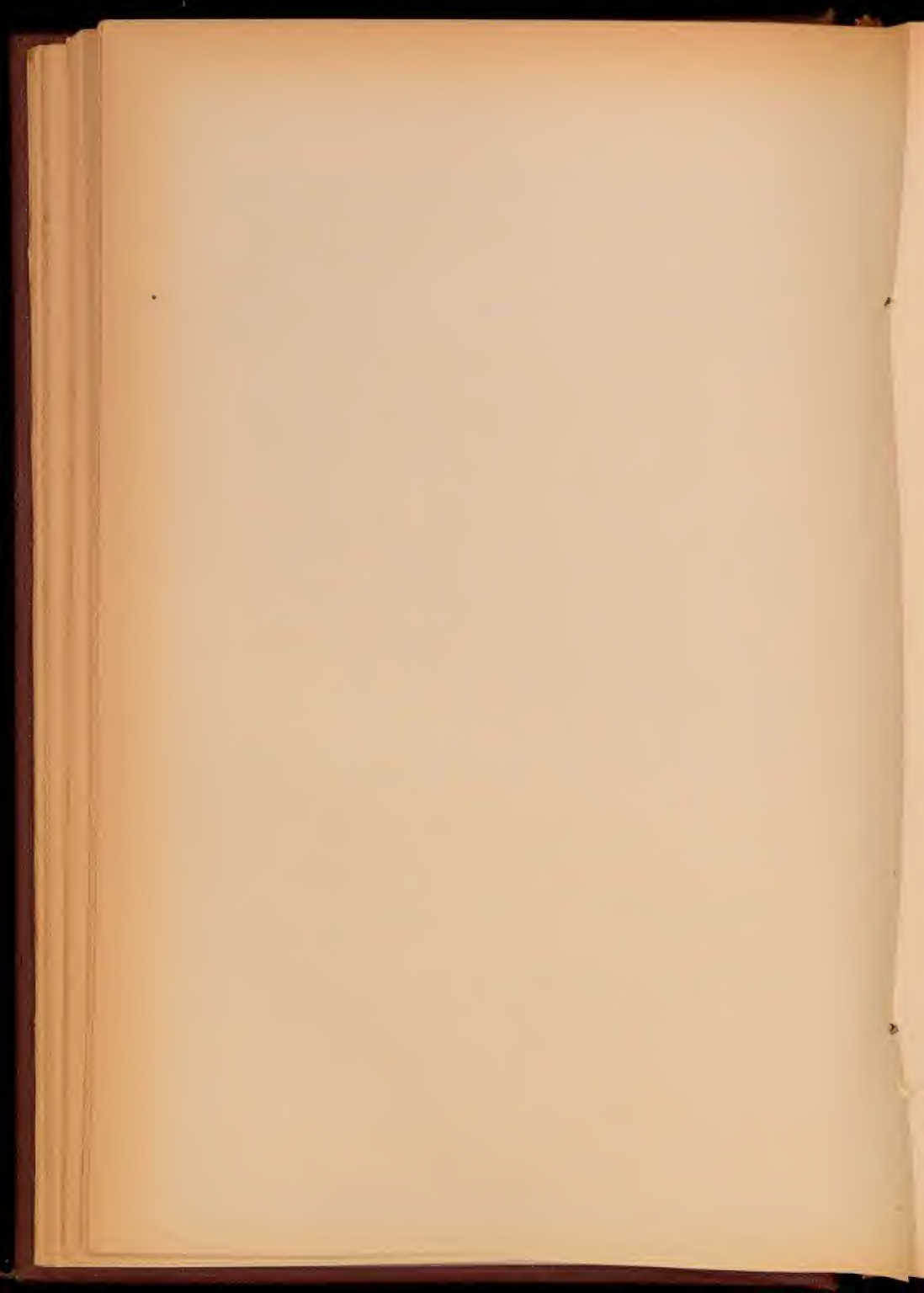
1° L'obbligazione assunta dall'emittente di un titolo di credito è essenzialmente unilaterale, e si perfeziona colla emissione del titolo ;

2° Questa obbligazione è incorporata nel titolo ed assunta verso la serie indeterminata dei possessori di esso, e quindi verso ognuno dei possessori successivamente, in modo

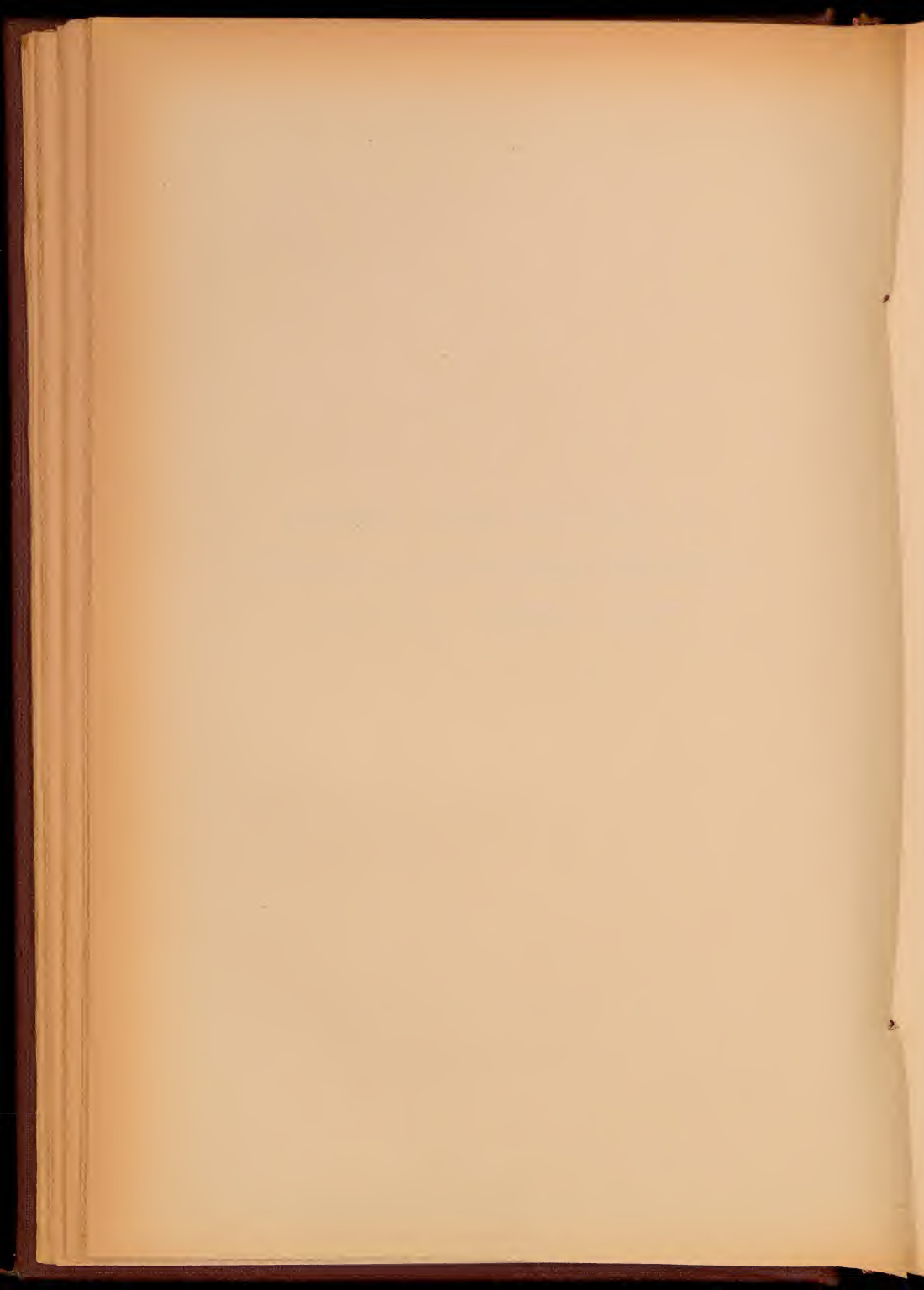
---

(1) NAVARRINI, n. 13.

che ogni possessore come tale è creditore, ed il passaggio del titolo da una mano all'altra dà luogo alla costituzione di diritti successivi;

3° L'obbligazione essendo formale e letterale: *a*) essa deve regolarsi strettamente a tenore della scrittura; *b*) data la manifestazione della volontà di obbligazione si presume *iuris et de iure* la volontà a favore del possessore di buona fede.

IL FORMALISMO NELLA CAMBIALE E LE FORME EQUIPOLLENTI O ELLITTICHE DELLA CLAUSOLA CAMBIARIA *

* *Il Foro Italiano,* 1903. Nota alla sentenza 13 febbraio 1903 della Corte d'appello di Lucca, la quale decise:

« L'espressione " per questa nostra tratta ,, corrisponde alla denominazione prescritta dall'art. 251, n. 2, cod. comm., dovendosi avere per sottintesa la parola *cambiale* ».

Questa notevole sentenza dà proprio il valore di una profezia alle parole con cui il Vivante, combattendo l'opinione oramai prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza italiane, favorevoli ad una troppo lata interpretazione dell'articolo 251 n. 2 cod. comm., circa il requisito della *clausola cambiaria*, escludeva la validità non solo delle formule *equipollenti* a quelle tassativamente indicate dalla legge, ma anche delle frasi *ellittiche*, come ad es.: « *pagherò per questa prima di cambio* ». « Aperto l'adito alle formule ellittiche, diceva giustamente il Vivante (*Trattato di dir. comm.*, IV, n. 1543), si potrà, dopo aver tolto ogni importanza alla parola « lettera », toglierla alla parola « di cambio » e ritenere come cambiali i titoli forniti della clausola « per questa mia prima » oppure « per questa tratta o rimessa », moltiplicando le ambiguità, non solo in Italia, ma anche all'estero, dove il testo del codice di commercio non potrebbe più valere come unica norma per la circolazione delle cambiali ». A questo è giunta proprio la Corte di Lucca col ritenere valida clausola cambiaria la formula « per questa tratta ». Ed era inevitabile. Le ragioni su cui l'opinione dominante in Italia si appoggia per ammettere la validità di alcune formule ellittiche più usate, come ad es. quella « pagate o pagherò per questa prima di cambio », sono tali, che da esse si doveva logicamente dedurre l'ammissibilità dell'espressione « per questa tratta »; come, a nostro avviso, da esse si dovrebbe altresì

concludere per la validità della frase « pagherò secondo il diritto di cambio » o di qualunque altra equivalente, in cui l'obbligato possa manifestare la sua volontà di obbligarsi secondo le norme degli art. 251 e seg. cod. di commercio. Gli argomenti addotti in favore dell'interpretazione più lata dell'art. 251 sono in succinto, i seguenti: *a*) secondo l'uso generalmente invalso è consentita l'elisione della parola « lettera » ed è ammessa la frase: « per questa di cambio »; ora l'uso in questa materia deve avere importanza preponderante, perchè non si tratta di modificare la legge, ma d'interpretare la volontà dell'obbligato; *b*) secondo le norme date dalla legge sull'interpretazione dei contratti (art. 1132, 1133 cod. civ.), nel caso di ambiguità di una clausola si deve attribuirle quel senso per cui può la medesima avere qualche effetto, piuttosto che quello per cui non ne potrebbe avere alcuno; *c*) anche la semplice indicazione « per questa mia di cambio » adempie allo scopo voluto dalla legge, che è quello di mettere sull'avviso chi appone la propria firma ad una cambiale della qualità dell'obbligazione a cui va incontro, perchè « difficilmente si potrà sostenere che, in una cambiale regolare, l'indicazione di « questa mia di cambio » non faccia spiccare immediatamente il carattere giuridico dell'obbligazione cambiaria, così da togliere ogni equivoco ed impedire ogni frode ». Così Bolaffio, nella *Temi veneta*, 1884, 572: nello stesso senso si veda, fra gli altri: Vidari, *Corso di diritto commerciale*, 4ª ed., VII, n. 6505; Giannini, *Azioni ed eccezioni cambiarie*, n. 89; Franchi, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1890, I, p. 258; e nella giurisprudenza: Cass. Firenze 27 gennaio 1887 (*Foro it.*, 1887, I, 140, con nota del Bolaffio); App. Venezia 11 marzo 1887 (*Temi veneta*, 1887, 190 e *Foro it.*, Rep. 1887, voce *Effetto cambiario*, n. 33); App. Macerata 12 settembre 1889 (*Legge*, 1889, II, 1031, e *Foro it.*, Rep. 1889, detta voce, n. 26); Cass. Napoli 5 agosto 1891 (*Monit. trib.*, 1892, 354); Cass. Torino 13 settembre 1892 (*Monit. trib.*, 1893, 205, e *Foro it.*, Rep. 1893, voce *Effetto camb.*, n. 11); App. Torino 11 settembre 1893 (*Giurispr. Torino*, 1894, 15, e *Foro it.*,

Rep. 1894, detta voce, n. 15); App. Genova 9 febbraio 1894 (*Temi gen.*, 1894, 145, e *Foro it.*, Rep. 1894, detta voce,n. 16).

Tutti e tre gli ordini di argomenti che si adducono dai fautori di questa dottrina partono dunque dal presupposto che qui si tratti d'*interpretare* la volontà dell'obbligato; il richiamo che da tutti gli autori e dalla giurisprudenza si fa alle disposizioni del codice civile sull'interpretazione dei contratti lo dimostra ad esuberanza. Il ragionamento su cui questa opinione si basa può perciò ridursi nei termini seguenti: poichè, di fronte ad una clausola ellittica, si deve ricercare la volontà di chi sottoscrisse un titolo munito di quella clausola; poichè, secondo gli usi del commercio e secondo le leggi grammaticali, è indubbio che le frasi ellittiche «per questa di cambio» e simili, significano «per questa *lettera* di cambio», deve concludersi che chi sottoscrisse un titolo munito di una clausola di tal genere, intese *indubbiamente* di obbligarsi in via cambiaria. E questo ragionamento fece appunto la Corte di Lucca, la quale, ricercando con molta diligenza e ricchezza di osservazioni il valore grammaticale e d'uso della frase «per questa tratta», ne dedusse non esservi dubbio che essa significasse appunto «per questa cambiale tratta» e affermò, logicamente, che in questo caso, come nel caso della clausola «per questa prima di cambio», risulta ad evidenza la volontà del sottoscrittore di obbligarsi cambiariamente.

Noi non possiamo negare che queste deduzioni discendono logicamente dalla premessa. Ma è esatta la premessa? È, cioè, lecito, di fronte ad una clausola cambiaria non espressa nelle formule sacramentali volute dalla legge, ricercare la *volontà* dell'obbligato? È questo per noi il nodo della controversia, sul quale dobbiamo richiamare l'attenzione del lettore.

È nota la distinzione tra negozî giuridici *formali* e negozî giuridici *non formali*: distinzione determinata non già dalla natura del mezzo *effettivamente* scelto per la manifestazione della volontà, giacchè potrebbe, per avventura, essere *non formale* anche un negozio giuridico costituito per atto

scritto o, perfino, per atto pubblico; ma dalla circostanza che l'ordinamento giuridico conceda o non conceda al dichiarante libertà di scelta nei mezzi per la manifestazione della sua volontà. È dunque l'elemento della *libertà di scelta* nei mezzi di manifestazione della volontà il solo decisivo (vedi Regelsberger, *Pandekten*, Leipzig, 1893, p. 494 a 502; Bekker, *System des heut. Pandektenrechts*, Weimar, 1887-1889, II, p. 68; Hasenhoerl, *Das österreichische Obligationenrecht*, Wien, 1891-1899, I, p. 672; e più di tutti Jhering, *Geist des römischen Rechts*, 5ª ed., Leipzig, 1891-1899, II, p. 473 e seg.); talchè, come dice con frase incisiva Jhering (*Geist*, II, p. 475), i negozî *formali* potrebbero chiamarsi negozî giuridici *a forma non libera*, ed i negozî *non formali* potrebbero dirsi, invece, negozî giuridici *a forma libera*. Insistiamo su questo punto, perchè, come vedremo, esso è molto importante per la questione dell'*interpretazione* dell'una e dell'altra specie di negozî giuridici.

Ora, è certo che la cambiale è un negozio giuridico *formale*: non solo, ma appartiene alla categoria dei negozî giuridici *più rigorosamente formali*. Infatti le limitazioni imposte dalla legge nella scelta dei mezzi per la manifestazione della volontà di obbligarsi cambiariamente non concernono soltanto, come di solito avviene oggidì nei negozî formali, la *qualità* del mezzo da adoperarsi per la manifestazione dell'interno volere, ma anche il *modo di formulazione delle espressioni*, con cui l'interno volere viene dichiarato. Mentre le forme prescritte dal diritto positivo sono oggi, per lo più, la *scrittura*, o l'*atto pubblico*, nel negozio giuridico cambiario si richiede qualche cosa di più: si richiedono cioè speciali *indicazioni* nella *formulazione* dello scritto col quale la volontà di obbligarsi cambiariamente viene manifestata (art. 251 e 254 cod. comm.): particolarmente, si vuole che nel manifestare tale volontà vengano adoperate, per qualificare lo scritto, le espressioni «cambiale o lettera di cambio» e, per la cambiale secca, anche le espressioni «pagherò cambiario o vaglia cambiario» (art. 251, n. 2 e penult. capov.). La deter-

minazione delle formule degli atti giuridici, di cui la cambiale ci offre un esempio, è oramai rara nel diritto moderno; ma era invece la regola nell'antico diritto romano, così rigorosamente formalistico. Vi erano, in questo, atti, per cui, come oggi per la cambiale, si richiedevano certe indicazioni: l'indicazione, ad es., del *nome del defunto* nella formula della *cretio*: quella della *somma* nella *manus iniectio* e nella *nexi solutio*: l'indicazione del *rapporto* nella *nexi solutio* e nella *pignoris capio*. Vi erano atti, per cui si richiedeva l'uso di *parole sacramentali*: la parola *spondeo*, nella *sponsio*: *fidepromitto* nella *fideipromissio*; *fideiubeo*, nella *fideiussio*: le frasi *acceptum habeo* nell'*acceptilatio*, *heres esto* nell'istituzione d'erede, *exheres esto* nella *exheredatio* (Cfr. Jhering, *Geist.*, II, p. 587 e seg.). Certo, la *determinazione anticipata*, più o meno completa, del *contenuto* dell'atto, è l'espressione più rigorosa del formalismo: ma essa è giustificata, nel diritto cambiario, sia dalla funzione economica a cui è destinata la cambiale, sia dal rigore, materiale e formale, dell'obbligazione cambiaria. In nessun altro negozio giuridico, come nella cambiale, è vera la frase di Jhering che «la forma è per gli atti giuridici ciò che è l'impronta per la moneta» (*Geist.*, II, p. 494): il titolo cambiario, destinato a circolare come la moneta, ha, come la moneta, bisogno di una forma esterna che ne accerti, a prima vista, il vero valore. Necessaria poi si palesa un'eccezione, sia pure rigorosa, al principio della libertà delle forme, in una materia, come il diritto cambiario, che per tanti motivi costituisce tutto un complesso di eccezioni di fronte al diritto comune delle obbligazioni, civili e commerciali.

Accertata dunque la natura rigorosamente formale del negozio giuridico cambiario, possiamo risolvere la questione fino a qual punto sia ammissibile, in essa, l'*interpretazione* della volontà del dichiarante.

L'interpretazione dei negozî giuridici ha per iscopo di ricercare quale è stato l'oggetto esatto dell'atto di volizione finale che ha dato luogo alla dichiarazione, ossia di determinare, in base a ciò che fu dichiarato, ciò che l'autore della

dichiarazione *volle realmente* dichiarare (cfr. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901, p. 194, e seg., specialmente p. 218 e seg.; Brinz-Lotmar, *Lehrb. d. Pandekten*, IV, Leipzig, 1895, p. 288 e seg.; Cosack, *Lehrb. d. deutschen bürg. Rechts*, Jena, 1900-1902, I, p. 198 e seg.; Endemann, *Lehrb. d. bürgerlichen Rechts*, Berlin, 1900, I, 295, testo e nota 6). Ora nei negozî giuridici *formali*, nei quali non vi è, giuridicamente, dichiarazione di volontà, se questa non è fatta nelle forme legali, la *possibilità* d'interpretare la dichiarazione di volontà deve, di necessità, essere notevolmente limitata (cfr. Regelsberger, *Pandekten*, p. 141), e limitata in questo senso: che non si può tener conto di quanto non è stato dichiarato nelle forme volute. Ciò importa, ad es., che nei negozî giuridici in cui è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, se la volontà non è dichiarata per iscritto anche solo rispetto ad uno degli elementi essenziali del negozio, questo elemento essenziale deve reputarsi mancante, benchè da dichiarazioni fatte verbalmente possa risultare con sufficiente precisione quale fu, rispetto ad esso, la volontà del dichiarante: ed il negozio sarà nullo appunto per mancanza di uno degli elementi essenziali. Così la compra-vendita di un immobile, fatta bensì per iscritto (art. 1314 cod. civ.), ma mancante dell'indicazione del prezzo, sarà nulla, sebbene da dichiarazioni verbali si possa desumere quale fu il prezzo convenuto. Un'altra applicazione dello stesso principio può farsi riguardo alle disposizioni della legge così dette *suppletive* o *dichiarative*, le quali, come è noto, si applicano nel caso in cui le parti abbiano *taciuto* riguardo a un determinato punto: valgono cioè, *salvo contraria disposizione delle parti*. Orbene, nei negozî formali, tutto ciò che non è dichiarato nelle forme legali avendosi per non dichiarato, si applicano senz'altro, nei punti dove la volontà delle parti non fu manifestata nelle forme volute, le disposizioni suppletive della legge, sebbene vi siano dichiarazioni *non formali* in contrario (cfr. Stammler, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1897, p. 64 e 65).

Tutto ciò semplifica molto il quesito che ci siamo propo-

sti, nel caso della così detta «clausola cambiaria», ossia della denominazione di «cambiale» o «lettera di cambio», che la legge prescrive (art. 251 e 254) debba essere indicata nel titolo cambiario. Queste espressioni hanno un vero carattere sacramentale: la legge non si è limitata a dire che nel contesto della cambiale deve essere manifestata la volontà del dichiarante di obbligarsi cambiariamente. In tal caso avremmo avuto una semplice *limitazione* nell'*interpretazione* della clausola cambiaria nel senso che (trattandosi di un negozio formale) non si sarebbero potuti desumere elementi d'interpretazione che dalla scrittura cambiaria, non già da altre dichiarazioni *non formali* fatte dall'obbligato. Ma la legge invece ha richiesto ben di più: ha voluto che la volontà di obbligarsi cambiariamente fosse manifestata precisamente colle espressioni tassativamente indicate, e non con altre. *Ciò significa che quando le espressioni usate non sono precisamente quelle che la legge indica, la dichiarazione di volontà è nulla: ora non si può far questione d'interpretazione, ossia di ricerca della volontà che si volle dichiarare, quando giuridicamente non si è dichiarato nulla.* Nè importa che la differenza tra la formula indicata dalla legge e quella adoperata sia minima, che si tratti della semplice elisione di una parola, o della sostituzione di una parola che significa perfettamente lo stesso. Esclusa ogni possibilità d'interpretazione, sta di fatto che la formula è *materialmente diversa*: che sia *poco diversa*, non importa: è questione di *quantità*: essa doveva essere *materialmente identica*. Esclusa la *voluntatis quaestio*, non resta necessariamente che la materialità delle espressioni adoperate, e non resta a porsi altra questione che questa: furono le parole quelle prescritte dalla legge? Se lo furono, la dichiarazione di volontà sarà efficace: se non lo furono, sarà invalida. Quando la volontà non può essere dichiarata che con una o più determinate parole, solo queste parole sono importanti per l'esistenza o il contenuto della volontà (cfr. Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, Leipzig, 1885, I, p. 60). Nell'antico diritto romano, in quegli atti, in cui era prescritto

l'uso di parole o formule sacramentali, la differenza, la mancanza, anche di una sola parola, importava la nullità dell'atto. L'istituzione di erede, ad es., per cui era prescritta la formula: *Titius heres esto*, sarebbe stata nulla se fatta colle parole: *Titium heredem esse volo* (Gaio, *Inst.*, II, 117; vedi Girard, *Manuel. élém. de droit romain*, 2ª ed., Paris, 1898, p. 801). Ed egualmente viziata di nullità era la *legis actio* di cui parla Gaio, nella quale si era detto: *vitibus*, invece di *arboribus* (Gaio, IV, 11). Nè si creda che questa rigorosa sanzione della mancanza o del mutamento di un sola parola nelle formule sacramentali fosse propria dell'antico formalismo romano: no, essa è una conseguenza necessaria dell'essenza stessa del formalismo. Può la forma richiesta essere più o meno rigorosa: può cioè la limitazione apportata alla libertà del dichiarante nella manifestazione esterna della sua volontà essere più o meno grande; ma l'essenza del formalismo sta appunto in ciò, che l'inosservanza della forma prescritta produce, totalmente o parzialmente, la inefficacia dell'atto. Vi può essere differenza nella forma richiesta: vi può, anche, essere differenza nelle sanzioni stabilite per l'inosservanza della forma; ma non può darsi mai, senza contraddire alla natura stessa del formalismo, che l'inosservanza della forma non dia luogo alle sanzioni stabilite. Ora, quando il diritto obiettivo esige che la volontà sia dichiarata con *certe derminate parole*, come è il caso della clausola cambiaria, sotto pena di nullità della cambiale come tale (art. 251 e 254), ciò vuol dire che si debbono adoperare quelle determinate parole, e non altre. Credo di non poter meglio scolpire questo concetto, che ricordando ciò che Jhering scriveva per il diritto romano, e che, come egli stesso osserva, è esattamente vero anche per il diritto moderno: «Il rigore col quale si teneva all'osservanza della forma era per tutti gli atti formali esattamente lo stesso; esso non conosceva gradi e non poteva conoscerli. *Lo stesso è nel diritto attuale, dovunque questo esige una forma determinata, per esempio, nella cambiale.* Infatti, questo rigore non è qualche cosa di positivo e di arbitrario: esso è il risultato ine-

vitabile dell'idea stessa di forma: ogni deviazione dalla forma prescritta, la viola: distinguere fra il piccolo e il grande, fra l'essenziale e il non essenziale, non è possibile senza cadere nel più grande arbitrio. Dove sarebbe il limite? Poichè è necessaria tutta una libbra, è indifferente che manchi un grano o una mezza oncia: la libbra non è più completa. Se una parola è dichiarata essenziale, come potrebbe essere sostituita con una equivalente? Se le parole sono più, quale di esse si potrebbe omettere?... In breve, qui non vi è differenza tra piccolo e grande, la più piccola cosa pesa esattamente quanto la più grande; la più minuziosa esattezza e il più severo rigore sono così inevitabilmente imposti dall'idea del formalismo, che colui, il quale li nega, deve negare tutto l'istituto, e chi accetta questo, deve subire anche quelli » (Jhering, *Geist*, II, p. 590).

Si potrà, dunque, forse anche, criticare la legge perchè, prescrivendo la formula della clausola cambiaria, non ha enumerato altre espressioni, pure evidenti, pure usualissime, oltre quelle di « cambiale », « lettera di cambio », « pagherò o vaglia cambiario ». Ma poichè essa ciò ha fatto, è chiaro che la volontà di obbligarsi cambiariamente non può essere manifestata che con quelle parole: e quando con quelle parole non è manifestata, la dichiarazione è nulla, e di una dichiarazione nulla non è ammissibile interpretazione. La dottrina tedesca, che più profondamente di ogni altra ha studiato il problema della forma nei negozî giuridici, viene appunto a questa conclusione, anche a proposito della cambiale: vedi Grünhut, *Wechselrecht*, Leipzig, 1897, I, p. 336 e seg., e *Lehrbuch des Wechselrechts*, Leipzig, 1900, p. 63; Lehmann, *Lehrbuch des deutschen Wechselrechts*, Stuttgart, 1886, p. 340; Staub, *Kommentar zur allgemeinen deutschen Wechselordnung*, 4ª ed., Berlin 1901, p. 18, § I; Rehbein, *Allgemeine deutsche Wechselordnung mit Kommentar*, 6ª ed., Berlin, 1900, p. 23, n. 2; Dernburg, *Lehrbuch des preussischen Privatrechts*, 5ª ed., Halle, 1897, p. 794 testo e nota 2. E si noti che l'ordinanza cambiaria tedesca, art. 4, n. 1, è assai meno rigorosa del codice ita-

liano: essa infatti non dice, come dice il nostro codice, che il titolo deve contenere la denominazione «di cambiale», ma soltanto che esso deve essere designato «come cambiale», [*als Wechsel*] (Cfr. Staub, *Kommentar*, p. 18, § 1 sub *a*). Ebbene, malgrado ciò, gli autori tedeschi e la giurisprudenza tedesca non ammettono come valide designazioni cambiarie che i composti della parola *Wechsel: Solawechsel*, *Primawechsel*, *Wechselbrief*, *Wechselurkunde*: ed escludono tutti la validità delle espressioni: *Brief*, *Prima*, *Tratte*. Che cosa dovremo dir noi con una legge che richiede proprio la designazione di «cambiale o lettera di cambio»? Eppure in questo senso fra gli autori italiani non si sono pronunciati, oltre il Vivante, *op. e loc. cit.*, che il Sorani, *Della cambiale e dell'assegno bancario*, 2ª ed., Roma, 1900-1902, I, p. 19, e il Tartufari (Alfredo), *Il titolo esecutivo cambiario*, Roma, 1898, n. 13.

IL FONDAMENTO GIURIDICO DELL'OBBLIGAZIONE NEI TITOLI DI CREDITO E LA VALIDITÀ DELLA CAMBIALE IN BIANCO *

* *Il Foro Italiano*, 1897.

I.

1. La questione della validità di una cambiale sottoscritta in bianco dall'emittente e poscia riempita dal prenditore o da uno dei possessori successivi, dopo essere stata vivamente agitata nei primi anni dell'attuazione del codice, era quasi del tutto sopita, e dottrina e giurisprudenza sembravano oramai pacifiche nel senso di attribuire piena efficacia cambiaria al modulo firmato in bianco e poi completato, quando a riaccendere la disputa venne la sentenza della Cassazione di Palermo del 15 settembre 1896 (*Foro it.*, 1896, I, 1280), la quale, ribadendo la opinione già accolta dalla stessa Corte il 7 agosto 1888 (*id.*, 1889, I, 149), stabiliva l'inefficacia di una cambiale di tal fatta.

Prima di cominciare l'indagine delle opinioni che si sono manifestate su tale controversia, e degli argomenti che a questo proposito si sono fatti valere dai fautori delle varie dottrine, è bene porre chiaramente la questione e intendersi sul valore e sul significato della frase: *validità della cambiale in bianco*.

Che una cambiale, portante la sola sottoscrizione o anche soltanto mancante di una delle indicazioni che l'art. 251 dichiara necessarie per la sua esistenza giuridica, possa in un modo qualsiasi avere efficacia cambiaria, nessuno certo sostiene. La disputa verte sul punto: se, pervenuta nelle mani del prenditore una cambiale incompleta, questi possa completarla e valersene come titolo cambiario. Non esattamente per-

ciò pone il Marghieri la questione di questi termini : *la cambiale deve essere riempita di mano del debitore o può riempirla anche altri ?* (1). Una simile posizione della questione non può portare ad alcuna soluzione utile, giacchè nessuna disposizione di legge stabilisce che la cambiale debba essere scritta tutta di pugno del sottoscrittore. Questi può riempirla egli stesso o farla riempire da altri ; ciò è indifferente, quando accada prima della trasmissione del titolo. Sopra tal punto tutti sono d'accordo. Il dissenso comincia quando si tratta di decidere se il completamento possa essere fatto dal prenditore dopo la trasmissione del titolo, o da un possessore successivo. È questo il nodo della questione, è questo il punto su cui verte la controversia (2).

---

(1) MARGHIERI, *La cambiale*, Napoli, 1890, pag. 30.

(2) Si sono pronunciati per la validità di una cambiale riempita posteriormente all'emissione : MARGHIERI, *op. cit. loc. cit.* ; BOLAFFIO, *Rilascio al creditore di cambiale incompleta*, *Temi veneta*, 1889, 29 ; *Foro it.*, 1889, 1, 152 ; *Del bianco segno*, *Temi veneta*, 1890, 577 ; ANAU, *Foro it.*, 1889, I, 150, SCEVOLA, *Della cambiale* nel *Commento* di CASTAGNOLA e GIANZANA, pag. 6 ; SORANI, *Della cambiale e dell'assegno bancario*, Roma, 1896, pag. 93 e seg. ; RENAUD, *Lehrbuch des allgemeinen deutschen Wechselrechts*, nella trad. del BIANCHI, Pisa 1874, pag. 79 ; KUNTZE, *Das Wechselrecht* nel manuale di ENDEMANN, trad. di BETOCCHI e VIGHI, Napoli, 1896, pag. 167 ; LYON CAEN e RENAULT, *Traité de droit commercial*, IV, n. 58 : RODINO, *Cambiale in bianco*, nel *Dir. comm.*, 1897, 231 ; ROMANELLI, *Cons. comm.*, 1897, 17 ; ZIGNONI, *Gazzetta giud. di Genova*, 1897, 113. Tra le sentenze cito delle più recenti : Cass. Torino 15 marzo 1892 (*Foro it.*, Rep. 1892, voce *Effetto camb.*, n. 54) ; App. Torino 30 maggio 1892 (*id.*, Rep. 1892, stessa voce, n. 4) ; App. Genova 4 agosto 1892, id., Rep. 1892, stessa voce, n. 49) ; App. Torino 5 settembre 1892 (*ivi*, n. 45) ; App. Venezia 24 marzo 1892 (*ivi* n. 82) ; Cass. Roma 31 dicembre 1894 (*id.*, 1895, I, 370) ; App. Cagliari 27 luglio 1895 (*id.*, Rep. 1865, stessa voce, n. 19) ; Cass. Torino 8 maggio 1896 (*id.*, 1896, I, 1277) ; App. Genova 27 marzo 1897 (*Temi gen.*, 1897, 707) ; Cass. Torino 30 marzo 1897 *Giur. Torino*, 1897, 620) ; 6 luglio 1897 (*Gazz. giudiz.*, 1897, 218).

Per la non efficacia cambiaria si sono pronunciati invece : FIORE-GORIA, *Sul valore giuridico del bianco-segno cambiario*, nella *Rassegna di diritto comm.*, 1883, 479 ; SUPINO, *Della cambiale*, Padova, 1884, pag. 48 e segg. e nell'*Ann. crit. di giur. comm.*, 1888, 137 ; VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, vol. VII, Milano, 1897, pag. 345 e seg. ; OTTOLENGHI, *Cod. di comm.*, vol. III, n. 22 ; BOSIO, *Le aberrazioni della giurisprudenza a proposito delle cambiali in bianco*, nel *Dir. comm.*, IX, 469, non esattamente citato dal RODINO a favore della dottrina contraria ; THALLER, *Traites en blanc et traites à fausse date*, negli *Annales de dr. comm.*,

II.

2. — Un fatto che appare evidente a chiunque si accinge a studiare la questione è la grandissima disparità di criterî da cui partono tanto i sostenitori della teorica della validità come quelli della dottrina contraria. Nel campo stesso dei fautori di una opinione le teorie escogitate sono parecchie ed ognuno tende a dimostrare erronea la base da cui partono gli altri fautori della medesima dottrina; gli argomenti addotti da alcuni scrittori sono ripudiati da altri, pur arrivando alle identiche conclusioni. E questa discrepanza stridente tra i motivi del decidere e i risultati della decisione si accentua maggiormente nel campo dei fautori della dottrina che ammette la validità di una cambiale rilasciata in bianco ed in seguito riempita. Ora a me pare che questo fatto costituisce un indizio sicuro che la strada battuta finora non è stata la buona e che per giungere a resultati apprezzabili conviene dare alla ricerca un nuovo indirizzo, risalendo cioè alla fonte prima della controversia e derivando dalla natura stessa dei titoli di credito in genere e della cambiale in particolare, e dal fondamento giuridico dell'obbligazione in essi contenuta, la ragione del decidere in uno piuttosto che in un altro senso. Non pretendo certo di aver trovato senz'altro la soluzione giusta in un campo in cui i principî stessi sono ancora incerti: ma sarei lieto ad ogni modo di aver saputo indicare agli altri quella che è, sicuramente, la buona via.

3. — Cerchiamo adunque di precisare alla meglio i principî.

1895, pag. 1 e segg.; Thöl, *Handelsrecht*, Vol. II, *Wechselrecht*, § 23 pag. 89 della trad. del Marghieri, Napoli, 1876-84; Cao, nella *Gazz. giud.* di Genova 1897, 129; Buscemi nella *Gazz. giud. di Messina*, 1897, 4.

Nella giurisprudenza questa opinione è stata accolta dalle seguenti decisioni: Cass. Palermo 7 agosto 1888 (*Foro it.*, 1889, I, 149); 15 settembre 1896, (*id.*, 1996, I, 1280); App. Catania 11 gennaio 1897 (*Giur. catanese*, 1897, 7).

Quale è il fondamento giuridico dell'obbligazione del sottoscrittore di un titolo di credito in genere ed in particolare del sottoscrittore di una cambiale, sia verso il primo possessore che verso i possessori successivi? È noto quante discussioni e quante opinioni si sono manifestate in proposito. Ma in mezzo alle varie teorie e alle varie tendenze si possono delineare due grandi correnti: la prima tende a riscontrare questo fondamento in un contratto che intercederebbe fra emittente e prenditore: la seconda invece ritiene che il fondamento stia nella sola volontà di obbligarsi del sottoscrittore. Infine una terza teorica proposta dallo Schlossmann, ma con nessun successo, considera l'obbligazione come nascente da delitto, cioè dal fatto dell'inadempimento della promessa.

La *teoria del contratto*, nella sua espressione più pura, fu per la prima volta sostenuta dal Thöl, e subì varie modificazioni colla teoria della *pendenza* (*Pendenztheorie*), colla teoria della *consegna* (*Begebungstheorie*), con quella dell'*emissione* (*Emissionstheorie*).

La teoria dell'*atto uniletarale*, sostenuta nella sua forma più pura dal Siegel, ha pure varie espressioni: così la teoria della *creazione* (*Kreationstheorie*), la teoria della *proprietà* (*Eigenthumstheorie*), la teoria della *personificazione* (*Personificationstheorie*) ecc.

Ma tutte queste dottrine, di cui si può vedere un ottimo riassunto in Lehmann, *Lehrbuch des deutschen Wechselrechts*, Stuttgart, 1886, pag. 176 e seg., e in Carlin, *Zur rechtlichen Natur der Werthpapiere*, nella *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht* del Goldschmidt, anno 1889 (vol. XXXVI) pagine 9 e segg., non hanno fatto fare alla questione progressi proporzionali allo studio ed alle fatiche che sono costate.

4. — Un potente contributo alla soluzione del problema ha portato — come è suo costume — il nostro Vivante col costrùire una teorica, la quale, uscendo dalle strettoie del dilemma: o contratto o atto unilaterale, che aveva inutilmente affaticato gli scrittori tedeschi, portava nella controversia un

elemento nuovo, o, almeno, ne faceva per la prima volta rilevare l'importanza dal punto di vista teorico e pratico.

Il Vivante notò come, dando all'obbligazione di chi emise, girò, accettò e avallò un titolo di credito un'origine meramente contrattuale, si dovesse venire alla logica conseguenza che il diritto di chi acquista il titolo deve essere subordinato alla esistenza ed alla validità del consenso del debitore. Impossibile adunque spiegare colla pura dottrina del contratto la posizione del terzo possessore ed il diritto autonomo che egli può far valere di fronte al debitore. Per spiegare questo diritto autonomo del possessore, il Vivante ricorre ad una base diversa. Notando come nello svolgimento storico del prototipo dei titoli di credito, cioè della cambiale, la tendenza delle legislazioni e della dottrina si fosse sempre accentuata nel senso di ritenere obbligato il debitore rispetto al possessore di buona fede anche quando la volontà di obbligarsi fosse stata viziata o mancante, ne conclude essere stata la legge che a tutela del traffico onesto ha dichiarato non necessario il concorso della volontà dell'emittente perchè l'obbligazione di questo sussista. È il legislatore, in altri termini, che si pone al posto della volontà dell'emittente e lo dichiara in ogni modo obbligato rispetto al possessore di buona fede.

5. — Questo per ciò che riguarda i rapporti tra debitore e possessore di buona fede. Ma pei rapporti tra debitore e prenditore immediato? Il Vivante ha considerato che rispetto a questi non si possa parlare di buona o di mala fede; il prenditore è stato in rapporti diretti coll'emittente: se vi è stato vizio o mancanza di volontà in questo, egli, che ha concorso alla creazione dell'obbligazione, deve certamente saperlo. Non dovendo proteggere la buona fede, quindi, la legge non è intervenuta in questi rapporti immediati che sono pel Vivante veri rapporti contrattuali, onde l'obbligazione dell'emittente in questo caso deriva dal contratto e segue le sorti del contratto. Da tutto ciò risulta chiarissimamente la formula: « *il debitore prende una posizione diversa secondo che si*

considerano i suoi rapporti col prenditore del titolo o coi successivi possessori di buona fede : i suoi rapporti col primo vanno regolati secondo le norme proprie dei contratti : i suoi rapporti col secondo vanno regolati dalla legge secondo il tenore del titolo » (1).

« Tra coloro che vengono in rapporto immediato — spiega egregiamente il Bolaffio — sia poi l'emittente originario del titolo col primo prenditore, oppure un emittente successivo colla persona a cui ha girato o consegnato il titolo — il titolo non è e non può essere che il risultato di un rapporto contrattuale. In corrispettivo di ciò che mi è dato, io do un titolo, cioè la promessa letterale incorporata in un documento di una futura prestazione in danaro, merci o servizi (titolo di credito).

« Invece nei rapporti tra l'emittente e i successivi possessori del titolo si deve prescindere dalla genesi della obbligazione, appunto per non infirmare il diritto dei terzi se la causa manca o è illecita. È il terzo possessore del titolo in mala fede ? E l'eccezione del dolo lo elimina. È in buona fede? E la legge lo soccorre anche se il titolo è stato messo in circolazione contro la volontà del sottoscrittore, perchè la volontà del legislatore si pone al posto della deficiente volontà dell'obbligato per una salutare tutela del traffico onesto » (2).

6. — La costruzione del Vivante, se costituisce un passo notevole fatto sulla via della giusta soluzione del problema, non può d'altra parte andare del tutto esente da critiche.

In primo luogo, la distinzione tra prenditore immediato e possessore successivo non pare assolutamente esatta. La legge — secondo la teoria del Vivante — protegge la buona fede: quando la buona fede concorre, essa interviene e di-

(1) VIVANTE, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, vol. II, parte 2, pag. 89.

(2) BOLAFFIO, *Dei titoli all'ordine e al portatore a proposito di una recente pubblicazione*, nell'*Archivio giuridico* vol. LVII, (1896) pag. 302.

chiara in ogni modo valida l'obbligazione. La distinzione a farsi dunque è tutta tra *possessore di buona fede* e *possessore di mala fede*. La distinzione tra *prenditore immediato* e *possessori successivi* non ha in conseguenza alcun valore. Sta bene che il prenditore immediato per essere venuto in rapporto diretto coll'emittente è colui il quale si trova ordinariamente nelle condizioni di conoscere se il consenso prestato dall'emittente è valido o no; e, posto che non sia valido, egli nella maggior parte dei casi si deve dire in mala fede. Ma da ciò all'affermare che ove manchi la base contrattuale nell'obbligazione il prenditore immediato deve sempre sopportarne le conseguenze, perchè il suo diritto verso l'emittente è *sempre* fondato sul contratto, ci corre parecchio. Anche il prenditore immediato può credere in buona fede all'esistenza perfettamente valida del consenso dell'obbligato (1). La legge dunque solo perchè prenditore immediato non dovrà soccorrerlo? Mai più. La legge non distingue fra prenditore immediato e possessori successivi; essa si limita a difendere il possessore di *buona fede*. Se dunque, normalmente, quando il consenso manchi e per dare un fondamento giuridico all'obbligazione sia necessario far ricorso alla legge, il prenditore immediato non potrà giovarsi di questo sussidio perchè essendo venuto in rapporti diretti coll'emittente non può non essere in mala fede, d'altra parte potranno anche darsi casi in cui esso sia, malgrado ciò, effettivamente in buona fede. L'unica distinzione che si può fare quindi non è quella fra *prenditore immediato* e *possessore successivo* ma fra *possessore di buona fede* e *possessore di mala fede*.

---

(1) BONELLI, *Contributo ad una teoria scientifica dei titoli di credito* nella *Giurisprudenza it.*, 1897, IV, 19. Il primo possessore può essere in buona fede, per es. nel caso in cui siano stati rubati dei titoli al portatore prima dell'emissione e il primo acquirente abbia ragione di ritenere i titoli come consegnatigli dall'emittente; e in genere in tutte le emissioni di titoli al portatore, dove spesso non si ha la consegna diretta a un primo prenditore con un precedente o contemporaneo rapporto tra questo e l'emittente, il quale si rivolge piuttosto direttamente al pubblico.

7. — Posto poi come base dell'obbligazione rispetto al prenditore immediato il contratto, ne deriverebbe come logica conseguenza che quando un rapporto contrattuale non esistesse fra l'emittente e il primo possessore, dovrebbe del tutto venir meno il diritto di questi. Invece ciò non è. Il primo possessore può non essere venuto in alcun rapporto contrattuale coll'emittente, ma se è in buona fede, questi resta egualmente obbligato verso di lui (1).

Infine non è possibile dare al rapporto verso il prenditore una base diversa da quella verso i possessori successivi. Se infatti il prenditore ripete il suo credito da un contratto stipulato fra lui ed il debitore, evidentemente non può che aver trasmesso il suo credito al possessore successivo. Altrimenti — nota bene il Bonelli — dove sarebbe esso andato? Il possessore successivo dunque non è il creditore diretto, e l'emittente non è direttamente obbligato verso di lui (2).

8. — La teoria del Vivante, accettata dal Bolaffio, fu sottoposta ad una minuta critica da parte del Bonelli, il quale costruisce poi una nuova teoria dei titoli di credito. Nella dottrina del Bonelli fondamento dell'obbligazione dell'emittente è la volontà dell'emittente stesso. Secondo il Bonelli il rapporto obbligatorio creato coll'emissione è sempre unilaterale, nel senso che chi si obbliga emettendo un titolo dà vita sempre ad un negozio giuridico unilaterale.

Ma posto che la volontà dell'emittente è causa dell'obbligazione, come può giustificarsi l'obbligo del sottoscrittore anche nel caso in cui la volontà non esista o sia viziata? Il Bonelli distingue a questo proposito i *negozi causali* dai *negozi formali*. Nel negozio causale la *dichiarazione della volontà* fa presumere la *volontà*, ma con una presunzione *iuris tantum* suscettibile quindi di prova contraria. Nel negozio formale invece la *dichiarazione di volontà* costituisce una presunzione

(1) Bonelli, *op. cit.* pag. 19 n. 2 e 3.
(2) Bonelli, *op. cit.*, pag. 27.

assoluta di *volontà*, una presunzione *iuris et de iure*, che non ammette prova contraria. La causa dell'obbligazione non essendo altro che la volontà di obbligarsi, si suol dire in conseguenza che l'atto formale contiene la causa in sè stesso, giacchè fa presumere in modo assoluto la volontà. Ora, questa presunzione *iuris et de iure* cessa di fronte al creditore di mala fede, cioè di fronte al creditore che conosce la causa dell'obbligazione e la sa inesistente o viziata (1).

Regola generale dunque nei titoli di credito, scritture eminentemente formali, è che la legge presume la volontà (causa) dell'obbligazione in modo assoluto: ma questa presunzione assoluta cessa, per dar luogo ad una presunzione semplice, *iuris tantum*, quando il creditore è di mala fede.

Fondamento giuridico dell'obbligazione dell'emittente è perciò, secondo il Bonelli, la volontà da lui dichiarata nelle forme legali: volontà che la legge presume in modo assoluto, meno che per il creditore di mala fede.

9. — Il principio del Bonelli, così formulato, dimostra che non è del tutto fondata l'obiezione da lui mossa al Vivante circa l'intervento della legge nella obbligazione dell'emittente di un titolo di credito. « La legge — egli dice — non può scientificamente assumersi come causa speciale di nessun rapporto giuridico, appunto perchè essa è causa *generale* di tutti. Per ciascun rapporto la domanda a cui l'analisi del giurista deve rispondere è: a che cosa collega qui la legge la origine del rapporto? Se la *convenzione* si presenta subito come la più comune ed ovvia tra queste cause, non è già che la legge non sia in tal caso, come negli altri, un fattore necessario del rapporto...; in sostanza, dare come causa d'una obbligazione *la legge*, significa soltanto rinunciare a trovare la causa specifica di quella obbligazione » (2). Ora, se è certo che non si può dire la legge causa di nessuna obbligazione, è certo altresì

(1) BONELLI, *op. cit.*, pag. 18 e 19.
(2) BONELLI, *op. cit.*, pag. 17 e 18.

che la legge può intervenire in modo *generale* o in modo *speciale* a regolare i rapporti giuridici. Essa interviene in modo generale in tutti i rapporti, inquantochè stabilisce le condizioni *generali*, verificatesi le quali, sorge il vincolo obbligatorio. Ma può intervenire anche in modo speciale per disciplinare una specie determinata di rapporti, i quali, a tenore delle disposizioni generali, non darebbero vita ad alcun vincolo giuridico. Ed è questo appunto il nostro caso. Stando alle condizioni generali poste dalla legge perchè sorga l'obbligazione, sarebbe necessario l'accordo tra la *volontà* e la *manifestazione della volontà*: invece essa pei titoli di credito interviene più specialmente e dice: posto che vi è la dichiarazione, *io* presumo la volontà. Donde la conseguenza che il vincolo giuridico sorge, e sorge non per le disposizioni generiche, ma per le disposizioni specifiche della legge particolarmente intervenuta. Diciamo pure dunque, se così sembra più esatto, che la causa dell'obbligazione non è la legge, ma la volontà: dovremo dire in conseguenza che la legge non crea l'obbligazione, ma crea la volontà, causa dell'obbligazione.

10. — Se per ciò che riguarda l'obbligazione dell'emittente, cioè il lato *passivo* del vincolo giuridico, tanto vale, in definitiva, assegnarle come fondamento la volontà presunta dalla legge o la legge stessa, l'osservazione del Bonelli acquista un certo valore allorchè si considera il lato *attivo* del rapporto, il diritto cioè di colui che deve esigere la prestazione menzionata nel titolo.

È noto che egli è un *homo novus*, agisce in forza di un diritto proprio ed autonomo. Ora questa autonomia del suo diritto nel sistema del Vivante si spiega col fatto che egli ripete l'origine di esso dalla sola legge che a lui direttamente lo conferisce: nel sistema del Bonelli, invece, si spiega col fatto che secondo la volontà reale o presunta dell'emittente, l'obbligo di pagare la prestazione non è contratto verso una persona determinata, ma verso il *destinatario* della prestazione, cioè verso colui che si presenta ultimo possessore del titolo

nelle forme proprie della sua circolazione (1). Ed è questa la ragione per cui, mentre il Vivante parla di *possessore di buona fede*, che la legge proteggerebbe dichiarando rispetto a lui obbligato in ogni modo l'emittente, il Bonelli parla invece di *creditore* semplicemente, il quale riconoscerebbe il fondamento del suo diritto nella volontà reale o presunta dell'emittente.

Riassumendo in brevissime parole la teoria del Bonelli, il fondamento giuridico della obbligazione di chi emette un titolo di credito deve cercarsi nella volontà réale, o presunta dalla legge in modo assoluto, di obbligarsi a pagare la prestazione menzionata dal titolo a colui che è il destinatario di tale prestazione secondo le norme che regolano la circolazione del titolo.

III.

11. — La teoria del Bonelli segna un nuovo progresso su quella del Vivante, e ciò per più rispetti.

Anzitutto essa elimina definitivamente l' *elemento contrattuale*, del tutto estraneo alla materia dei titoli di credito, e che era riuscito finora così imbarazzante per la costruzione di una teoria organica di questi.

In secondo luogo essa sviluppa il germe fecondo già posto dal Vivante circa la funzione della legge nello stabilire l'obbligazione dell'emittente.

In terzo luogo infine essa spiega in modo logico e soddisfacente l'autonomia del diritto dell'ultimo possessore destinatario della prestazione.

Malgrado ciò, mi permetterò di notare alcuni punti nei quali essa andrebbe completata e modificata. La natura specialissima del titolo di credito — sono parole dello stesso Bonelli — non consiste solo nell'essere un titolo *formale*, ma eziandio nell'essere un titolo *circolante*. Onde sembra chiaro

---

(1) BONELLI, *op. cit.*, pag. 22.

che la volontà di obbligarsi mediante un titolo di credito non può risultare dal solo fatto della formazione del titolo, ma è necessario inoltre che chi ha formato il titolo lo metta in circolazione. Checchè si possa dire, finchè io tengo il titolo regolarmente redatto e sottoscritto nel cassetto del mio scrittoio o fra le pareti della mia cassaforte, io non sono obbligato.

Pertanto non mi sembra esatto il parlare, come fa il Bonelli, di *volontà di obbligarsi* e di *dichiarazione di volontà*. La *dichiarazione* importa sempre una manifestazione fatta per mezzo della voce o dello scritto: nel caso concreto, trattandosi evidentemente del solo scritto, il Bonelli riesce in ultima analisi a dire che, data la scrittura del titolo (*dichiarazione di volontà*), la legge presume la *volontà* di obbligarsi.

La volontà di obbligarsi quindi risulterebbe dalla sola formazione del titolo. Ora ciò — come ho già detto — non può ritenersi esatto.

12. — Analizziamo dunque di quali elementi si componga la volontà di obbligarsi mediante un titolo di credito. Perchè vi sia *volontà* di obbligarsi è necessario che vi siano: *a*) volontà di formare il titolo coi requisiti di legge: *b*) volontà di alienare, di porre in circolazione il titolo per tal guisa redatto. Talchè la *manifestazione* della volontà di obbligarsi deve risultare corrispondentemente: *a*) dalla creazione effettiva del titolo in tutte le forme legali; *b*) dalla effettiva circolazione di esso (1).

Perchè dunque sorga l'obbligazione è necessario che la

---

(1) La sola creazione del titolo non basta evidentemente a costituire la dichiarazione della volontà di obbligarsi. È quello che dice chiaramente il BRUNNER, *Die Werthpapiere*, nell'*Endemann's Handbuch des deutschen Handels-See und Wechselrechts*, vol. II, Leipzig, 1882, pag. 169: « Das Schreiben an sich ist kein Rechtsgeschäft, es ist nur die Fixirung einer abzugebenden Willenserklärung, nicht die Willenserklärung selbst. Nur die Entäusserung der Urkunde gestattet den Schluss, das Urkundeninhalt und Willenserklärung sich decken. Èrst durch die Begebung der Urkund entsteht ein Rechtsgeschäft. *Traditio facit loqui chartam* ».

manifestazione di volontà risultante da questo duplice ordine di fatti si accordi colla volontà rappresentata da questo duplice ordine di atti volitivi. Se manca una sola specie di fatti manifestanti la volontà, o uno solo degli atti volitivi che la costituiscono, l'obbligazione non sussiste, il vincolo giuridico che dovrebbe risultarne non si forma.

12. — Ma la legge, in considerazione della necessità di tutelare il traffico commerciale onesto, non ha potuto lasciar sempre sussistere integro un tal rigoroso principio. Onde è che essa ha stabilito una presunzione *iuris et de iure* a favore del *creditore di buona fede.* Dati i due fatti, in cui consiste la manifestazione della volontà di obbligarsi, e cioè: creazione da parte dell'emittente di un titolo fornito di tutti i requisiti richiesti dalla legge: circolazione effettiva di questo titolo, essa presume in modo assoluto la esistenza anche del doppio ordine di fatti volitivi che costituiscono la volontà di obbligarsi e dichiara in tal modo perfetto il vincolo giuridico.

Questa protezione la legge ha stabilito solo per i *creditori di buona fede.* E dico *creditori*, e non già *possessori*, come fa il Vivante, perchè il termine è molto più esatto. Non ogni possessore, infatti, è creditore: è creditore solo colui che, secondo le norme di circolazione del titolo, apparisce come il destinatario della prestazione. Certo, ogni possessore può diventare creditore, ma non lo è attualmente. « Qualcosa di attualmente esistente vi è nel patrimonio del possessore del titolo, ed è solo per ciò che il titolo ha per il patrimonio stesso un valore economico che lo rende commutabile con altri valori: ma questo qualche cosa non è precisamente un *credito*, sebbene sia la *facoltà di esigere* la prestazione promessa, o la *legittima aspettativa* di tale facoltà se il titolo non è ancora scaduto: e non è un credito perchè il credito è un rapporto patrimoniale (personale), mentre quella facoltà, quella aspettativa non furono mai assorbite nel patrimonio; ma sono inerenti al titolo e restano in esso localizzate come una sua accessione fino a che il possessore del titolo, togliendo a questo

il carattere circolativo o tenendolo in sua mano quando perde per sè questo carattere, si presenta al debitore come il *destinatario della prestazione promessa*. Allora questo diritto diventa personale, ed entra a far parte, come *credito*, del patrimonio del presentatore. Prima di questo momento, se qualcuno può essere qualificato come creditore, esso è il *titolo*, non le persone o il patrimonio di chi lo possiede » (1).

Non dunque il *possessore*, ma il *creditore* di buona fede protegge la legge. E creditore di buona fede deve dirsi colui che ignora i vizi o la mancanza della volontà di obbligarsi del debitore.

14. — Che la legge sia intervenuta a favore del creditore di buona fede, presumendo l'esistenza della *volontà* di obbligarsi, quando esiste la legale *manifestazione della volontà*, risulta da parecchie disposizioni del codice di commercio.

In primo luogo, proverò che la legge è intervenuta per dichiarar valida la obbligazione dell'emittente quando la manifestazione di volontà sia fatta nelle forme legali. In secondo luogo proverò che la legge ha dichiarato valida tale obbligazione presumendo la volontà in modo assoluto. In terzo luogo che tale presunzione essa ha voluto stabilire solo a favore del creditore di buona fede.

15. — *a*) L'intervento della legge risulta da parecchie disposizioni riguardanti la cambiale, la polizza di carico, la fede di deposito, la nota di pegno, la lettera di vettura. L'art. 251 stabilisce: « *La cambiale contiene l'obbligazione di far pagare o l'obbligazione di pagare alla scadenza una somma determinata al possessore di essa* ». Con questa disposizione il legislatore non ha inteso già di dare una definizione della cambiale, definizione inutile ad un tempo e pericolosa: ma *ha voluto* stabilire quali sono i diritti e le obbligazioni che derivano da quella specie di titolo che si chiama cambiale. Data una cambiale, deriva al

(1) Bonelli, *op. cit.*, pag. 30 e 31.

sottoscrittore l'obbligazione di pagare o far pagare la somma in esso indicata, e al *possessore di essa alla scadenza*, cioè al creditore destinatario della prestazione, il diritto di pretendere il pagamento (1). Lo stesso si dica per la polizza di carico. Il capitano — dispone l'art. 557 — deve consegnare il carico nel luogo di destinazione a chi gli presenta la polizza di carico. Anche qui la legge stabilisce quali sono i diritti e gli obblighi che, data l'esistenza di una polizza di carico, derivano al possessore di essa e al capitano. Lo stesso è pure per la fede di deposito, per la nota di pegno, per la lettera di vettura (articolo 469 e seg., art. 392 e seg.).

16. — *b*) Ma la legge, per dichiarare valida l'obbligazione di chi ha manifestato nelle forme legali la volontà di obbligarsi mediante un titolo di credito, ha sancito un sistema di presunzioni che risultano anche esse da alcune esplicite disposizioni. Essa presume la volontà di obbligarsi quando ve ne sia la manifestazione legale. Ciò risulta anzitutto dall'articolo 324, il quale stabilisce che nei giudizî cambiarî il debitore non può opporre che le *eccezioni riguardanti la forma del titolo* o *la mancanza delle condizioni necessarie all'esercizio dell'azione* e *le eccezioni personali a colui che la esercita.* Non sono affatto enumerati i vizi o la mancanza della volontà di obbligarsi nell'emittente, quando il creditore non li conosca personalmente. In secondo luogo la legge agli art. 327 e 341 dichiara non obbligati coloro la cui firma fu falsificata e non già coloro che la diedero in seguito ad errore, o a dolo, o a violenza.

---

(1) Le parole della legge: « La cambiale contiene l'obbligazione di far pagare, o l'obbligazione di pagare alla scadenza una somma determinata al possessore di essa nelle forme ecc. » sono una nuova prova che il vero creditore nei titoli di credito è il *destinatario* della prestazione secondo la legge di circolazione del titolo. Chi è il creditore nella cambiale? Non qualunque possessore (come apparirebbe dalla teoria del VIVANTE), ma il *possessore alla scadenza*, vale a dire il destinatario della prestazione. Per la decisiva influenza della scadenza sulla circolabilità del titolo cambiario vedi il mio scritto, *La girata dopo la scadenza e gli effetti di titolo esecutivo nella cambiale* nel *Dir. comm.*, 1897, col. 167 e seg. [vedi appresso, pag. 131].

In terzo luogo la legge dichiara valide le obbligazioni cambiarie assunte sulla fede che le obbligazioni precedenti siano vere, anche quando tali obbligazioni vengano a scoprirsi insussistenti perchè risultanti da firme false o da firme di persone incapaci (art. 327 e 328). In questi casi il consenso è viziato o inesistente: eppure l'obbligazione resta perfettamente valida. Di più gli art. 279 e 282 obbligano l'accettante e il girante per tutte le firme apposte su più esemplari di una cambiale o sopra più copie, benchè non volessero obbligarsi che una volta sola. Infine — nota molto bene il Vivante — la legge impone agli istituti autorizzati ad emettere titoli di credito, per es. agli istituti di emissione, di regolare le loro riserve metalliche secondo il valore dei titoli che sono *in circolazione* e non già secondo il valore dei titoli *emessi*. Se ogni titolo, se anche quelli sottratti, devono avere la loro parte nella riserva, significa che sono ritenuti per validi. (Legge 10 agosto 1893, art. 2 e 6) (1).

17. — *c*) Che infine l'intervento della legge si esplichi solo a favore del creditore di buona fede risulta in primo luogo dall'art. 324 già citato, il quale stabilendo che a chi esercita l'azione cambiaria possono opporsi soltanto le eccezioni personali, esclude con ciò chiaramente dalla sua protezione coloro a cui si può opporre la conoscenza dei vizi o della mancanza di volontà. Risulta pure dall'art. 57 cod. comm., il quale concede il diritto di rivendicare i titoli al portatore smarriti o rubati solo contro coloro che li hanno ricevuti per qualsiasi titolo conoscendo il vizio della causa del possesso (2).

18. — Concludendo, riassumo nei punti seguenti le mie idee sul fondamento giuridico dell'obbligazione di chi emette un titolo di credito:

1° Colui che emette un titolo di credito dà vita ad un

(1) VIVANTE, *op. cit.*, pag. 91.
(2) VIVANTE, *op. cit.*, pag. 90.

negozio giuridico unilaterale. In questo negozio giuridico tanto la volontà di obbligarsi, quanto la manifestazione di tale volontà, constano di due elementi. La prima comprende:

a) volontà di creare il titolo;

b) volontà di trasferirlo, di metterlo in circolazione.

La seconda comprende:

a) effettiva creazione del titolo;

b) effettivo trasferimento o circolazione di esso.

2º Per tutelare il commercio di buona fede, il legislatore è intervenuto più specificamente a regolare i rapporti che nascono dalla emissione del titolo, ed ha stabilito che, data la manifestazione di volontà nel suo duplice elemento, fatta in certe forme determinate (1), debba essere presunta con una presunzione *iuris et de iure* l'esistenza della volontà pienamente valida a favore del creditore di buona fede (2).

---

(1) Il secondo elemento della manifestazione di volontà (trasferimento del titolo) non è legato (si può dire) ad alcuna forma. Invece il primo elemento (creazione del titolo) è subordinato dalla legge ai numerosi requisiti dell'articolo 251. Non è però solo in questo senso che il titolo di credito costituisce una obbligazione *formale*. Non solo infatti mancando la forma la legge non presume la volontà di obbligarsi, ma anche se la volontà risulti esistente e valida, il vincolo giuridico non sorge se non esiste la forma determinata (art. 254 cod. comm.). Non mi sembra completa dunque la definizione che il BONELLI (pag. 28) dà dei negozî formali come quelli in cui la *dichiarazione* di volontà è presunzione *iuris et de iure* di volontà. Nei negozî formali inoltre non sorge vincolo giuridico se non vi è una forma determinata.

(2) Tanto dell'intervento della legge nell'obbligazione derivante da un titolo di credito, quanto del modo con cui tale intervento si esplica, vale a dire della presunzione assoluta da essa stabilita, trovo traccia, sebbene in maniera affatto frammentaria ed inorganica, negli scrittori tedeschi che si occuparono del fondamento giuridico dell'obbligazione dell'emittente.

L'intervento della legge fu per la prima volta rilevato dal GOLDSCHMIDT, *Die Kreationstheorie und der Entwurf eines burgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich*, nella *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, vol. XXXVI (1889) pagina 139, il quale, criticando il progetto di codice civile per l'Impero germanico per aver collocato l'obbligazione dell'emittente di un titolo di credito sotto la rubrica delle *promesse unilaterali non accettate*, così si esprime: « . . . È esatto solo che non è stata accettata una promessa: inesatto, che una promessa è stata data. Intanto non solo non esiste nè apparisce la volontà di promettere, ma la volontà dell'emittente era precisamente opposta: egli non voleva obbligarsi ad esso ma in genere, e, principalmente,

19. — Colla scorta di questi principî, ora, illuminati dalla discussione da lungo tempo iniziata sul fondamento giuridico della obbligazione nei titoli di credito, conviene farsi ad esaminare le varie teorie escogitate per dare una base qualsiasi alla dottrina della validità della cambiale in bianco.

Comincio colla dottrina che chiamerò della *obbligazione condizionata*, della quale, sebbene ultima venuta in ordine di tempo, va discorso prima, perchè si rannoda direttamente alla teoria contrattuale dei titoli di credito. Essa fu messa fuori per la prima volta dalla Cassazione di Torino (8 maggio 1896, *Foro it.*, 1896, I, 1277) e poi accolta e molto ampiamente sviluppata dal Rodino (*Cambiale in bianco*, nel *Dir. comm.*, 1897, 263 e seg.). Ecco in breve in che consiste questa dottrina: chi sottoscrive una cambiale in bianco, e la consegna al prenditore, pone in essere una obbligazione non pura e semplice, ma condizionata, sottoposta cioè alla condizione del riempimento da parte del prenditore o di chi per lui. Verificatasi la condizione, questa ha effetto retroattivo e produce i suoi effetti fin dal momento della creazione del titolo.

Tanto la Corte suprema torinese che il Rodino hanno enunciato questa teoria partendo dal presupposto che l'obbligazione cambiaria derivi da contratto: ed infatti solo nella teoria contrattuale potrebbe essa sembrare fondata su qual-

---

solo mediante la cessione. Non è quindi affatto possibile il dubbio, e solo l'arbitrio di una fantasia giuridica può fingere qui una volontà di obbligarsi. Questa obbligazione si fonda invece esclusivamente sulla volontà della legge, e sorge *non voluntate, sed lege*. Ora la legge può tutto liberamente: il legislatore è onnipotente: *The parliament (the King in Parliament) can do every thing but make a woman a man and a man a woman* . . . ». Questo concetto è pure esplicitamente accolto all'AFFOLTER, *Zur Theorie des Inhaberpapiere und Wechsels*, nella *Zeitschrift fur d. ges. Handelsrecht* XXXVII (1890), pag. 471, a proposito della sua teoria dei titoli di credito per cui l'obbligazione dell'emittente di un titolo al portatore consisterebbe nel dover ricomprare ad un prezzo determinato il titolo emesso. Tale obbligazione sarebbe fondata esclusivamente sulla legge.

Della obbligazione dell'emittente poi come derivante dalla presunzione della volontà di obbligarsi parlano il BRUNNER, *Die Werthpapiere*, nell'*Handbuch* di ENDEMANN, II, p. 165 e 166, e il SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht*, Berlin, 1873, pag. 119.

che apparenza di verità. Ma oltre al trasportare in tal modo contro la dottrina della validità della cambiale in bianco tutte (e non son poche, nè poco gravi) le obiezioni che si muovono alla teoria contrattuale, si va incontro direttamente ad altre non lievi difficoltà. Se la condizione a cui è sottoposta l'obbligazione risulta da un patto aggiunto al contratto cambiario, tutte le volte che l'esistenza di tal patto viene esclusa dal fatto che la cambiale non è uscita volontariamente dalle mani del sottoscrittore, ma è stata sottratta o smarrita, verrebbe a mancare di base la pretesa obbligazione condizionale. Ma del resto, il vero è che, partasi dalla idea del contratto o dalla idea dell'atto unilaterale, questa teoria della obbligazione condizionale urta direttamente contro la natura formale del titolo cambiario. Negozî formali (già lo dissi) sono quelli in cui non sorge l'obbligazione se la volontà non si manifesta in quella determinata forma, e viceversa, data la manifestazione in quella forma, la volontà si presume in modo assoluto. Finchè dunque non esiste la forma cambiaria, esista pure volontà di obbligarsi cambiariamente, non vi può essere obbligazione, nè condizionale, nè incondizionata.

Questi principî mi sembrano incontestabili, e sono più che sufficienti a dimostrare che di obbligazione condizionale, nel caso presente, non è possibile parlare. Tuttavia, non è senza interesse seguire il ragionamento del Rodino, nel quale è sviluppata tutta la teorica. Chi ben consideri, la fallacia di esso dipende tutta dalla incertezza dei principî su cui si basa per ciò che riguarda la natura del titolo cambiario e il fondamento giuridico della obbligazione nei titoli di credito.

20. — Il Rodino non disconosce che la cambiale in bianco non è titolo cambiario, perchè manca dei requisiti necessari alla sua esistenza. « Contiene però (egli continua), fin dal momento in cui è sottoscritta, il germe giuridico cambiario, il volere obbligatorio cambiario del sottoscrittore. Questo volere, già incorporato nel titolo, non attende che il momento della sua esplicazione giuridica, cioè il *vinculum iuris*. E siffatto

vincolo nasce quando l'*intentio obligatoria*, che precedette e accompagnò la soscrizione del foglio, diventa realtà, *obligatio*; il che avviene, come per il titolo perfetto quando il volere della sua esistenza materiale nel titolo assorge ad esistenza di diritto, col passaggio del titolo stesso nelle mani del prenditore. Allora l'atto volitivo del soscrittore non è più atto in sè stesso astratto, è atto con altri, è atto concreto: ha assunto *forma iuris*, ha dato vita ad un diritto e ad una obbligazione, per cui egli *necessitate adstringitur alicuius rei solvendae* ».

Cerchiamo di tradurre alla meglio in moneta spicciola queste parole di *color oscuro* con cui l'esimio scrittore dà forma alla sua costruzione giuridica della teoria della cambiale in bianco. La volontà di obbligarsi cambiariamente — egli dice — comincia a manifestarsi fin dal momento in cui il modulo cambiario riceve la sottoscrizione. Questa volontà si manifesta compiutamente quando il titolo passa nelle mani del prenditore. Allora l'atto volitivo assume *forma iuris*, dà vita al diritto del prenditore e all'obbligazione del sottoscrittore.

21. — Non spenderò molte parole per dimostrare quanto sia inesatto e incompleto questo concetto. Il passaggio del titolo dalle mani del sottoscrittore a quelle del prenditore (meglio, primo possessore), è, — è vero — condizione necessaria perchè la volontà di obbligarsi si esplichi compiutamente, ma non si deve dimenticare che la manifestazione della volontà deve comprendere anche la *creazione del titolo completo.* Colla sottoscrizione sola vi è un principio di manifestazione: colla redazione completa la manifestazione riceve in gran parte la sua attuazione: e, finalmente, col passaggio del titolo la manifestazione si compie. La manifestazione della volontà di obbligarsi cambiariamente comprende due momenti: creazione del titolo: passaggio di esso dalle mani del sottoscrittore a quelle del primo possessore. Ora, la sottoscrizione non è che il principio dell'attuazione del primo momento, se manca il completamento del quale, non v'è manifestazione di volontà.

Il vizio del ragionamento del Rodino consiste in ciò, che esso è tutta una petizione di principio. Che cosa si vuol dimostrare? Che un modulo firmato in bianco, al pari di una cambiale perfetta, col passaggio nelle mani del prenditore, dà luogo al vincolo obbligatorio cambiario. Ora, non è altro che ripetere in forma diversa lo stesso concetto il dire — come fa il Rodino — che nella cambiale in bianco il volere obbligatorio cambiario dello soscrittore, il quale attende la sua esplicazione giuridica, dà luogo al *vinculum iuris* mediante il passaggio nelle mani del prenditore. Ma ciò dicendo, che cosa si è dimostrato? Non si è fatto che affermare: la cambiale in bianco, col passaggio nelle mani del prenditore, acquista piena efficacia cambiaria. Ed è questo appunto che si doveva dimostrare!

22. — Su che cosa si fonda — secondo il Rodino — l'obbligazione di chi consegna un modulo cambiario colla sola sottoscrizione? Stando alla teoria che egli accetta si fonda naturalmente sui patti che precedettero o accompagnarono la dazione del titolo: « Colla soscrizione del modulo in bianco, destinato per patto a diventare cambiario, e colla consegna del medesimo al prenditore, questi ha implicita la facoltà di riempirlo o farlo riempire, sicchè acquisti la *forma iuris* voluta dai contraenti, la perfetta forma cambiaria, e quegli ha assunto l'obbligazione di pagarlo a qualunque possessore e di sottostare a tutte le conseguenze proprie del titoli cambiari perfetti » (1). Ora, che l'obbligazione del sottoscrittore di una cambiale si fondi sulla volontà di obbligarsi cambiariamente, non v'è dubbio alcuno: ma tuttavia la volontà di obbligarsi non basta: se essa non è manifestata nelle forme legali cambiarie non sorge obbligazione. Per quanto faccia dunque il sottoscrittore di un modulo incompleto, non potrà mai obbligarsi cambiariamente se non consegna al prenditore un titolo perfetto.

---

(1) RODINO, *op. cit.* loc. cit.

Inesatti dunque i principî da cui parte il Rodino; inesatto lo svolgimento che egli ne deriva; inesatte infine, le conseguenze che ne trae.

V.

23. — Un'altra teoria escogitata è quella del *mandato*. Essa consiste nel ritenere che colui il quale trasferisce al prenditore una cambiale firmata in bianco, gli dia anche implicitamente il mandato di riempirla onde costituirla nelle forme legali. Data quindi la volontà nell'emittente di obbligarsi cambiariamente, egli darebbe al prenditore il mandato di manifestare la volontà nelle forme legali. Questo mandato sarebbe — secondo il Sorani — irrevocabile, tacito, illimitato, presunto (1).

Ora a me non pare dubbio che tale teoria sia da un lato inesatta, dall'altro insufficiente a dare un serio fondamento giuridico alla validità della cambiale in bianco.

Ed anzitutto, *inesatta*. Molto giustamente infatti il Rodino ha osservato (pag. 244) che nel trasferimento di un biancosegno cambiario non si può assolutamente rinvenire il carattere di un mandato. — Il mandato (così l'art. 1737 cod. civ.) è un contratto, in forza del quale una persona si obbliga gratuitamente, o mediante un compenso, a compiere un affare per conto di un'altra persona da cui ne ha avuto l'incarico. Ora la consegna di un foglio firmato in bianco, nè costituisce contratto, nè in forza di esso il prenditore compie un affare per conto dell'emittente. Non costituisce un contratto perchè esso non dà luogo a nessun vincolo giuridico né a carico del firmatario, nè a carico del prenditore. — Che non lo costituisca a carico del prenditore è evidente: colui a cui fu rilasciata una cambiale firmata in bianco non è certo obbligato a riempirla: al più sarà in suo diritto il riempirla o no, perchè è a suo esclusivo favore che la sottoscrizione fu apposta e la tra-

---

(1) SORANI, *Della cambiale e dell'assegno bancario*, Roma, 1896, pag. 101 e 105

smissione del modulo operata. — Ma non lo costituisce neppure a carico dell'emittente. Quale obbligazione infatti incomberebbe — secondo questa teoria — al sottoscrittore mandante, in seguito al mandato? Quella di pagare la cambiale alla scadenza. Ma anche ammessa la perfetta validità cambiaria di un modulo firmato in bianco, si capisce agevolmente (e tutti sono concordi nell'affermarlo) che gli effetti cambiarî non possono spiegarsi che dopo riempito, in un'epoca qualsiasi, il modulo firmato. Donde la conseguenza che in ogni modo l'obbligazione dell'emittente deriverebbe non già dal preteso mandato da lui conferito al prenditore, ma dalla volontà reale o presunta di obbligarsi cambiariamente manifestata nelle forme legali. Manca quindi assolutamente quel *vinculum iuris* che è essenziale e naturale requisito di qualunque contratto (articolo 1098 cod. civ.). Ma neppure, in seguito alla consegna del modulo cambiario vi è, col riempimento di esso, la trattazione di un affare per conto del sottoscrittore. È infatti della più manifesta evidenza che il consegnatario di una cambiale in bianco, quando la riempie per valersene agli effetti cambiarî, agisce per conto *suo*, esclusivamente *suo*, e che anzi l'interesse del sottoscrittore sarebbe precisamente opposto, sarebbe cioè per il non riempimento del foglio. Nè si risponda che in questo caso il prenditore sarebbe un *procurator in rem propriam*. Saviamente il Rodino osserva che questa figura giuridica, nata nel diritto romano per ovviare agli inconvenienti causati dal divieto di cedere le obbligazioni, è oggidì, dopo le disposizioni degli art. 1539 e segg. cod. civ., assolutamente estranea alla nostra legislazione.

24. — Nessun mandato adunque può ravvisarsi nel fatto di colui che consegna ad altri un modulo cambiario da lui sottoscritto in bianco. Ma dato pure, e non concesso, che realmente di mandato si tratti, certo è ad ogni modo che ciò non basta per dare un fondamento giuridico alla dottrina che ammette la validità della cambiale in bianco.

Già vedemmo come, data la manifestazione di volontà fatta

nelle forme legali, l'obbligazione dell'emittente di un titolo di credito sorga, anche nel caso in cui la volontà fosse mancante o viziata. Se dunque la cambiale esce dalle mani del firmatario contro la sua volontà, l'obbligazione sorge egualmente a favore del creditore di buona fede. Ciò posto, ecco che in tal caso la teoria del mandato si dimostra affatto insufficiente, giacchè non v'è nessuno che possa seriamente affermare che tra il sottoscrittore di una cambiale, uscita dalle sue mani senza la sua volontà o contro la sua volontà, e colui che, venuto in possesso del foglio, l'ha riempiuto, interceda un rapporto qualsiasi di mandato.

VI.

25. — Visto per tal modo come siano andati falliti tutti i tentativi di costruire una teoria della cambiale in bianco che portasse logicamente alla piena efficacia di questa, cerchiamo di dedurre dai principí che regolano il fondamento giuridico della obbligazione nei titoli di credito una costruzione scientifica della cambiale in bianco.

Vedemmo come la legge, data la manifestazione della volontà di obbligarsi mediante un titolo di credito, e quindi della volontà di obbligarsi cambiariamente, fatta nelle *forme legali*, presume la volontà e dichiara valida l'obbligazione di fronte al creditore di buona fede. — Vedemmo pure come la volontà di obbligarsi risulti da un duplice elemento : volontà di creare il titolo e volontà di trasferirlo. E quindi la manifestazione di tale volontà risulta pure : *a*) dalla creazione del titolo ; *b*) dalla effettiva circolazione.

Ora, è chiaro che la legge non può presumere la volontà di obbligarsi se non quando è trasferito un titolo redatto nelle forme legali. Ed infatti : la manifestazione della volontà di obbligarsi cambiariamente, per far presumere la volontà di obbligarsi e produrre quindi l'obbligazione effettiva cambiaria, deve essere fatta in quella forma che la legge prescrive. Ora questi requisiti di forma riguardano specialmente uno dei due

elementi onde consta la manifestazione della volontà di obbligarsi, vale a dire la creazione del titolo: è questa che la legge all'art. 251 sottopone a varî requisiti di forma: l'effettivo trasferimento (altro elemento di tale manifestazione di volontà) risulta dal solo fatto della circolazione effettiva, e la legge non richiede per esso altro requisito che quello di essere avvenuto nelle forme di circolazione proprie del titolo (articolo 287). Ma se un titolo non fornito delle forme legali non può far presumere la volontà di crearlo, è naturale che il trasferimento di un titolo per tal modo incompleto non può far presumere la volontà di trasferirlo. Non si dimentichi che la forma cambiaria fa presumere la volontà di creare il titolo: ma la volontà di creare il titolo, per inesorabile ragione di logica, deve essere anteriore alla volontà di trasmetterlo. Quando il titolo dunque, è creato posteriormente alla sua trasmissione, è chiaro che la presunzione deve venir meno, perchè la manifestazione della volontà di creare il titolo è posteriore alla manifestazione della volontà di trasferirlo. E, viceversa, come la volontà di creare il titolo deve essere logicamente anteriore alla volontà di trasferirlo, così la manifestazione della volontà di crearlo deve essere anteriore alla manifestazione della volontà di trasferirlo. Del resto (si noti bene) il presupposto a cui la legge ha subordinato il suo intervento (e risulta chiarissimamente dagli art. 251, 254, 324) e quindi la presunzione che rende in ogni modo valida l'obbligazione è *che si trasferisca un titolo creato nelle forme di legge*: per cui il trasferimento di un titolo non creato nelle forme legali non dà luogo a quella presunzione da cui l'obbligazione trae la sua forza assoluta. — E le necessità pratiche dimostrano bene come sia fondata questa conseguenza che io traggo dai principî che regolano l'obbligazione dell'emittente di un titolo di credito. Quando la legge attribuisce così gravi conseguenze alla manifestazione della volontà di obbligarsi cambiariamente, è naturale che esiga eziandio che tutte le fasi di essa si susseguano nell'ordine naturale necessario a dare un fondamento ragionevole alla presunzione che la stessa legge stabilisce. Essa vuole, in

altri termini, (e non è chi possa disconoscere la necessità pratica di tale norma) che chi trasferisce un titolo sappia di trasferire un titolo cambiario, sappia cioè perfettamente di compiere una manifestazione di volontà, data la quale, egli sarà strettissimamente obbligato, anche se la sua volontà sia stata mancante o difettosa. E questo richiedendo, non mi pare che la legge possa chiamarsi troppo esigente o capricciosa.

È, dunque, *al trasferimento di un titolo cambiario fornito di tutti i requisiti di cui all'art. 251 che la legge ha dato il potere di completare la manifestazione della volontà di obbligarsi, che, facendo presumere la volontà, basta a far sorgere l'obbligazione dell'emittente*, non al trasferimento di un modulo qualunque firmato.

Nè si obietti che il fatto del trasferimento non può consistere che nel possesso attuale da parte di persona diversa dall'emittente, e quindi che per completare la manifestazione della volontà di obbligarsi basta l'esistenza del titolo nelle forme legali *al momento del possesso attuale*. Ciò non è punto esatto. Il fatto del trasferimento fa presumere la volontà di trasferire, e questa non ha potuto sussistere che al momento in cui il trasferimento è avvenuto: allora dunque doveva esistere il titolo nelle forme legali.

26. — Queste conclusioni, che sono una conseguenza pura e semplice dei principî posti a fondamento della obbligazione dell'emittente di un titolo di credito, sono pienamente confermati dal complesso delle disposizioni della legge positiva. — Tutti gli articoli del codice (329 e seg.) che regolano il *processo per ammortizzazione* delle cambiali rubate o smarrite costituiscono una prova evidente che la validità della cambiale in bianco non era per nulla nella mente del legislatore.

Dice infatti l'art. 330: « Il presidente del tribunale di commercio nella cui giurisdizione è *il luogo del pagamento della cambiale*, qualora riconosca giustificata la proprietà e lo smarrimento di essa, ordina con decreto la pubblicazione di un avviso contenente la *trascrizione esatta e una precisa descri-*

zione della cambiale smarrita, e l'invito a chiunque la possiede di presentarla alla cancelleria del tribunale nel termine di giorni quaranta, se è tratta o emessa nel Regno, coll'avvertimento che, in difetto, essa sarà dichiarata inefficace riguardo al possessore....

« *Il termine decorre dalla scadenza della cambiale se essa non è ancora scaduta*, o altrimenti dalla pubblicazione dell'avviso ».

E l'art. 331 prosegue:

« Durante il termine stabilito nell'articolo precedente, il proprietario della cambiale può esercitare tutti gli atti che tendono a conservare i suoi diritti e *dopo scaduta la cambiale* può esigerne il pagamento mediante cauzione, oppure può chiedere il deposito giudiziale della somma ».

Queste disposizioni di legge dimostrano chiaramente che il legislatore, quando ha parlato di cambiale, quando ha regolato i rapporti che da essa possono derivare, ha sempre inteso parlare della cambiale *fornita di tutti i requisiti richiesti dall'art. 251.* Ed infatti in primo luogo la legge stabilisce che il presidente del tribunale competente a ordinare la pubblicazione dell'avviso è quello nella cui giurisdizione è il *luogo di pagamento della cambiale.* Ora, questa cambiale di cui parla la legge è evidentemente quella di cui l'art. 251 disciplina i requisiti. Se invece si tratta di una cambiale in bianco, che non porta la indicazione del luogo del pagamento prescritta dal n. 6 dell'art. 251, la disposizione dell'art. 330 diventa inutile ed inapplicabile.

In secondo luogo, come è possibile fare — come dice la legge — una *trascrizione esatta o una precisa descrizione* che distingua la cambiale da altre che l'emittente abbia contemporaneamente o posteriormente rilasciato, se si tratta di una cambiale *in bianco*, portante per es. la sola sottoscrizione dell'emittente vergata sopra un foglietto bollato? Se l'emittente abbia rilasciato venti cambiali in bianco a venti diverse persone, ed una di queste perda il titolo ricevuto, dovranno tutti gli altri diciannove possessori presentare i loro titoli alla can-

celleria del tribuuale, sotto pena di vederseli dichiarare inefficaci ?

Nè basta. L'art. 330 stabilisce il termine di 40 giorni per fare questa presentazione. E tale termine decorre dalla *scadenza della cambiale se essa non è ancora scaduta o altrimenti dalla pubblicazione dell'avviso*. Ma se la cambiale non porta nè data nè indicazione di scadenza, come si potrà far decorrere questo termine ? Dalla scadenza, no, perchè scadenza non v'è. Dalla pubblicazione dell'avviso nemmeno, perchè questa disposizione provvede solo al caso in cui la cambiale sia già scaduta, non a quello in cui non vi sia scadenza.

Ancora. L'art. 331 n. 1 stabilisce che durante il termine di 40 giorni il proprietario può esercitare tutti gli atti che tendono a conservare i suoi diritti e *dopo scaduta la cambiale* può esigerne il pagamento mediante cauzione, ecc. Ora questa disposizione, evidentemente, presuppone che sia indicata nella cambiale la data della scadenza.

In complesso, dagli art. 330 e 331 è facile ricavare il convincimento che, secondo il sistema della legge, nonchè ammettersi, non si può neppure supporre l'esistenza di una cambiale in bianco, valida come cambiale.

VII.

27. — Giunto a questo punto, potrei dispensarmi dall'esaminare gli argomenti accessorî con cui i fautori della validità confortano la loro dottrina. Di fronte alla precisione dei principî giuridici, di fronte alla chiara intenzione del legislatore, mi sembra inutile arzigogolare o, meglio, divagare con argomenti che ritengo perfettamente estranei alla controversia. Ma poichè li vedo spesso ripetuti, sebbene non tutti dai più seri fra i miei contradditori, ne dirò brevissimamente qualche cosa.

a) Anzitutto, s'invocano gli *usi* e *le necessità* del commercio. Ora io nego assolutamente che la vera consuetudine

mercantile e le necessità del commercio onesto siano in favore delle cambiali in bianco.

Un insigne commercialista francese, il Thaller, che degli usi e dei bisogni del commercio è bene al corrente, non si peritava recentemente di affermare nel modo più assoluto che *i commercianti non rilasciano mai cambiali in bianco* (1). E lo Sraffa molto assennatamente dà la ragione di questo fatto: « un commerciante che rilascia una cambiale, per quel sentimento della scadenza così vivo nel mondo mercantile, per prima cosa vuole e deve prender nota del momento in cui essa verrà a scadenza per mettersi in condizioni di pagare puntualmente » (2).

Dunque che le cambiali in bianco costituiscano una consuetudine ed una necessità del commercio non è vero. Che poi effettivamente siano nella pratica in uso, questo neppure è dubbio. Ma una tal pratica non si può — onestamente — chiamare col nome di commerciale, perchè gli affari di cui essa è parte e strumento col vero e onesto commercio non hanno nulla che fare. Basterà a questo proposito citare quello che ha scritto lo Sraffa sulla capacità cambiaria dei non commercianti, in cui si dimostra assai bene quale è la vera funzione della cambiale in bianco, quale l'uso a cui serve, quali i bisogni a cui soddisfa. « La cambiale, oggi, è divenuta un modo, frequentemente praticato, per eludere una serie di disposizioni di legge poste nell'interesse di persone che abbisognano di speciale protezione in quanto si riferisce alla loro capacità di assumere obbligazioni. Quanto ora dico si applica particolarmente alla cambiale come mezzo per vincolare senza possibilità di scampo o difesa i minori, i quali contraggono prestiti usurarî. Se qualche fatto clamoroso ha di recente richiamato l'attenzione pubblica su questo punto, è ben noto

(1) Thaller, *Traites en blanc et traites à fausse date*, negli *Annales de droit commercial*, 1895, pag. 3.

(2) Sraffa, *La cambiale e i non commercianti*, Prolusione al corso di diritto commerciale nella R. Università di Messina. Estratto dall'*Archivio giuridico*, Bologna, 1897, pag. 19.

però che qui si tratta di un procedere sistematico: l'usuraio si fa rilasciare dal minore una cambiale in bianco, che sarà riempita dopo la di lui maggiore età e girata allora ad un terzo, preferibilmente ad un banchiere di fama rispettata: il minore dovrà pagare, in definitiva, malgrado che fosse incapace di assumere obbligazioni quando firmò la cambiale, perchè egli si trova completamente disarmato di fronte al suo creditore, mancandogli, praticamente, la possibilità di formare la prova del tempo in cui rilasciò la cambiale: il prenditore che preordinò la creazione di questa allo scopo di avere un titolo inattaccabile, non dimenticò certo nessuna delle elementari precauzioni che bastano per rendere impossibile codesta prova: al debitore resterà la consolazione di deferire un interrogatorio od un giuramento decisorio, con quanta speranza di favorevole risultato ognuno può facilmente immaginare, pensando di qual sorta di operazioni e di operatori si tratta » (1).

28. — *b*) Si pretende anche, in via di analogia, applicare alla cambiale in bianco quello che il codice di commercio stabilisce per la girata in bianco.

Lasciamo stare che all'interpretazione analogica si potrebbe invece contrapporre l'interpretazione *a contrario sensu*, e dire che se la legge ha permesso la girata in bianco ed ha taciuto della cambiale in bianco, si dovrebbe ritenere vietata quest'ultima: prendiamo invece l'argomento in sè e vediamo che cosa valga.

Premetto che non v'è alcuna analogia fra la questione che ci occupa e quella della girata in bianco. E non sembrerà strana questa asserzione, se si riflettta che la controversia circa la validità della cambiale in bianco — come ho avuto occasione di far notare fin dal principio — non ha per oggetto il vedere *se una cambiale mancante di alcuno dei requisiti di cui all'art. 251, sia valida*. Che una cambiale di tal fatta non sia valida, è indisputato, e risulta abbastanza chiaramente dal-

(1) Sraffa, *op. cit.*, pag. 4 e 5.

l'art. 254 che esclude la qualità e gli effetti speciali della cambiale al titolo che manchi dei requisiti essenziali stabiliti negli articoli precedenti. — Quello su cui invece si questiona è il sapere *se una cambiale venuta in mano al primo possessore incompleta possa essere completata* posteriormente. Ora l'art. 258 che disciplina la girata in bianco mi pare che sia del tutto estraneo alla questione. Esso si limita a stabilire che la girata può essere validamente fatta anche colla sola sottoscrizione posta a tergo della cambiale, e quindi, in fin dei conti, non fa che stabilire la *forma della girata*, la quale consiste: *a*) nella sottoscrizione, *b*) nella apposizione di essa a tergo del titolo. La materia dunque che l'art. 258 disciplina rispetto alla girata è quella che l'art. 251 disciplina riguardo alla cambiale, e cioè i *requisiti di forma*. Ma il fatto stesso che per la cambiale abbiamo l'art. 251 dimostra che l'art. 258 non può affatto applicarsi per ragione di analogia.

È vero che lo stesso art. 258 stabilisce che ogni possessore ha *diritto* di riempire le girate in bianco, ma anche qui la materia non è per nulla analoga, perchè questo diritto è una pura conseguenza del fatto che la girata consiste nella sola sottoscrizione. Posto che questo è il minimo di forme che la legge richiede, ne risulta il diritto di aggiungere tutte le altre che si credono più utili alla precisione dei rapporti derivanti dal titolo (1). Invece nella cambiale in bianco, si tratta di vedere non già se altre indicazioni ed altre forme possano ag-

---

(1) Come dice benissimo il VIVANTE, (*Trattato*, vol. II, parte 2a, pag. 140 n. 873), « la girata in bianco non si considera nel diritto vigente come una fase preparatoria della girata in pieno, e quindi bisognosa di riempimento, ma come una girata capace pur restando in bianco, di tutti gli effetti di una girata, perchè si completa da sè per la necessità stessa delle cose che determina anche tacitamente chi vi deve figurare come giratario ». Al contrario se si ritenesse necessaria la riempitura delle girate, la cambiale in bianco sarebbe appunto una fase preparatoria della cambiale in pieno.

Anche il BRUNNER, *Die Werthpapiere*, nell'*Handbuch* dello ENDEMANN, II, pag. 194, dicendo che nella girata in bianco la traslazione dei diritti è perfetta colla consegna del titolo girato in bianco, viene ad escludere che sia necessaria qualche altra formalità, come il riempimento della girata, per rendere perfetto il diritto del giratario.

giungersi oltre quelle richieste dalla legge, ma se quelle richieste dalla legge possano apporsi dopo l'emissione.

Manca quindi l'*eadem legis dispositio.* Ma inoltre è facile dimostrare che manca anche l'*eadem ratio.* La ragione della legge infatti nel caso della cambiale in bianco ed in quello della girata in bianco è tutt'altro che identica. — La girata non è che un mezzo per porre in circolazione il titolo, mentre la forma è un presupposto necessario per la sua esistenza. La girata presuppone l'esistenza di un titolo perfetto e valido, giacchè non si può far circolare quello che non esiste: il titolo invece può essere perfettamente valido anche senza il successivo trasferimento (1).

Del resto l'art. 3 delle disp. prel. al codice civile stabilisce che alla interpretazione analogica si deve ricorrere nei casi in cui la legge non dispone: per quel che riguarda invece i requisiti di forma, oggetto delle disposizioni dell'art. 258, abbiamo l'art. 251 che è esplicito e preciso in modo da far meraviglia che per spiegarlo si voglia ricorrere all'analogia.

29. — *c*) Infine si invoca l'art. 418 cod. pen., il quale punisce l'*abuso* di un foglio firmato in bianco, per dedurne la legittimità dell'*uso.*

Non spenderò molte parole per dimostrare la fallacia di questa argomentazione.

In primo luogo, chi prova che il legislatore penale abbia voluto parlare del *bianco-segno cambiario?* Bianco-segno vuol dire sottoscrizione in bianco in generale, ed il codice penale dice infatti: *Chiunque abusando di un foglio firmato in bianco*, ecc. Quindi non v'è alcun bisogno di riferire l'articolo citato alla cambiale in bianco; esso invece allude a qualunque obbligazione in genere rilasciata in bianco. Tanto è vero che la legge punisce chiunque vi scrive o fa scrivere *un atto* che importi qualsiasi effetto giuridico ecc., con che si riferisce evidentemente a qualsiasi obbligazione in generale.

---

(1) Cfr. SUPINO, *Della cambiale*, Verona, 1884, pag. 254, e FIORE-GORIA. nella *Rassegna di dir. comm.*, 1883, vol. I, pag. 479.

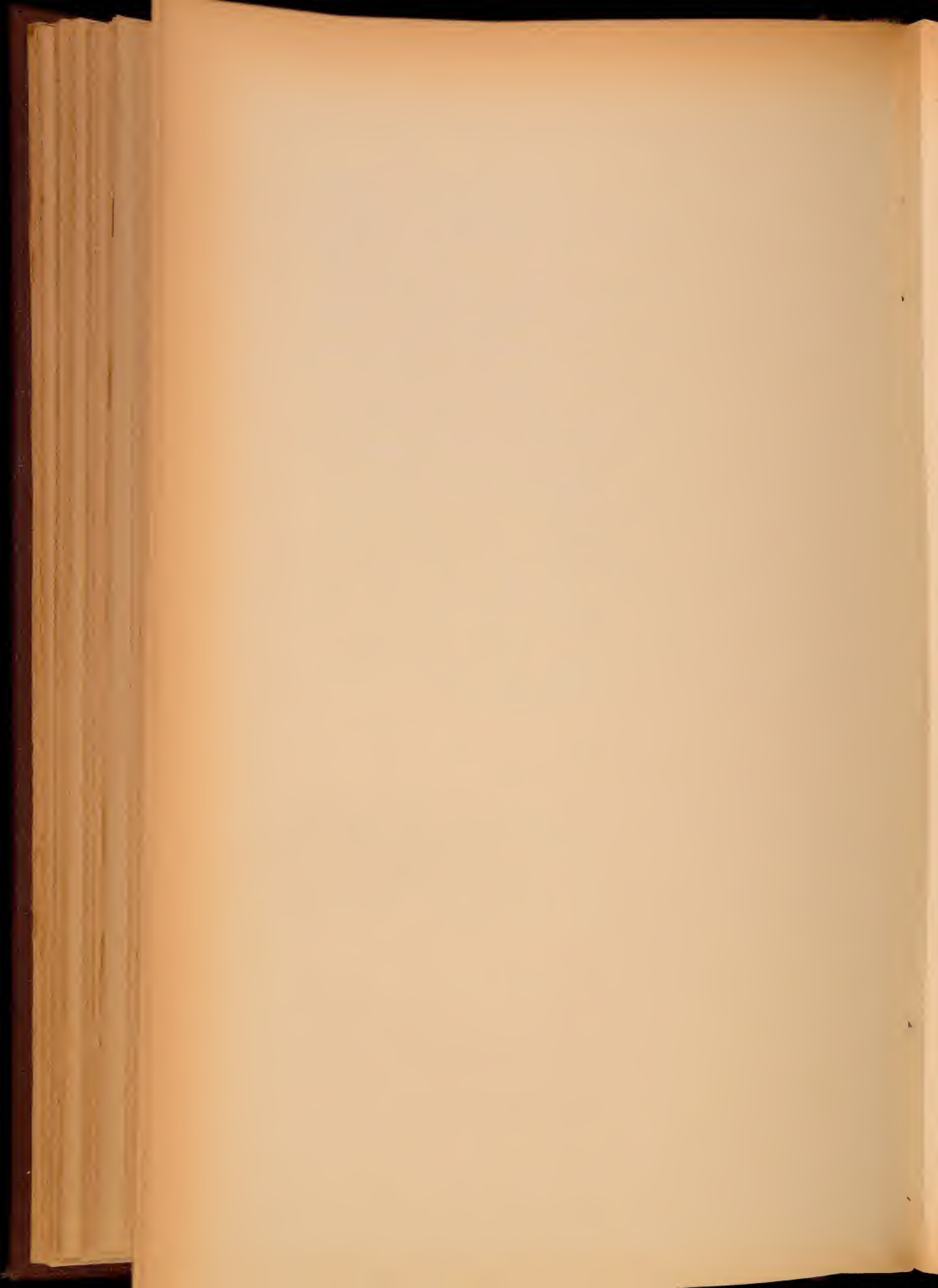
Ma prescindendo da ciò, v'è una ragione assai più forte per dichiarare non solo inesatta, ma addirittura antigiuridica l'illazione che si vuol dedurre dalle disposizioni della legge penale.

Dal fatto che la legge penale punisce l'abuso di foglio firmato in bianco non si può derivare legittimamente che una sola conseguenza: che l'uso di esso non costituisce un reato. Ma se il legislatore non colpisce con sanzioni penali l'uso di un foglio firmato in bianco, ciò non vuol dire che agli effetti civili esso debba essere dichiarato valido. La legge penale non eleva un fatto a reato se non quando da esso deriva quello che i criminalisti chiamano *danno mediato*, cioè quella intimidazione (allarme) che sorge nei buoni per la consumazione di un delitto, e quel cattivo esempio che se ne suscita nei male inclinati (1). Quando un fatto, anche riprovevole di fronte alla legge morale, anche vietato o non riconosciuto dalla legge civile, non acquista quel dato grado d'ingiustizia da richiedere l'intervento del magistero penale, esso non costituisce reato: ma ciò non vuol dire che la legge civile debba riconoscerlo come valido e produttivo di effetti giuridici.

VIII.

30. — Concludendo, io nego che di fronte alla legge, di fronte alla scienza, di fronte agli usi ed alle necessità del commercio possa dichiararsi cambiariamente obbligato il sottoscrittore di un modulo in bianco che sia stato riempito nelle forme cambiarie posteriormente all'emissione.

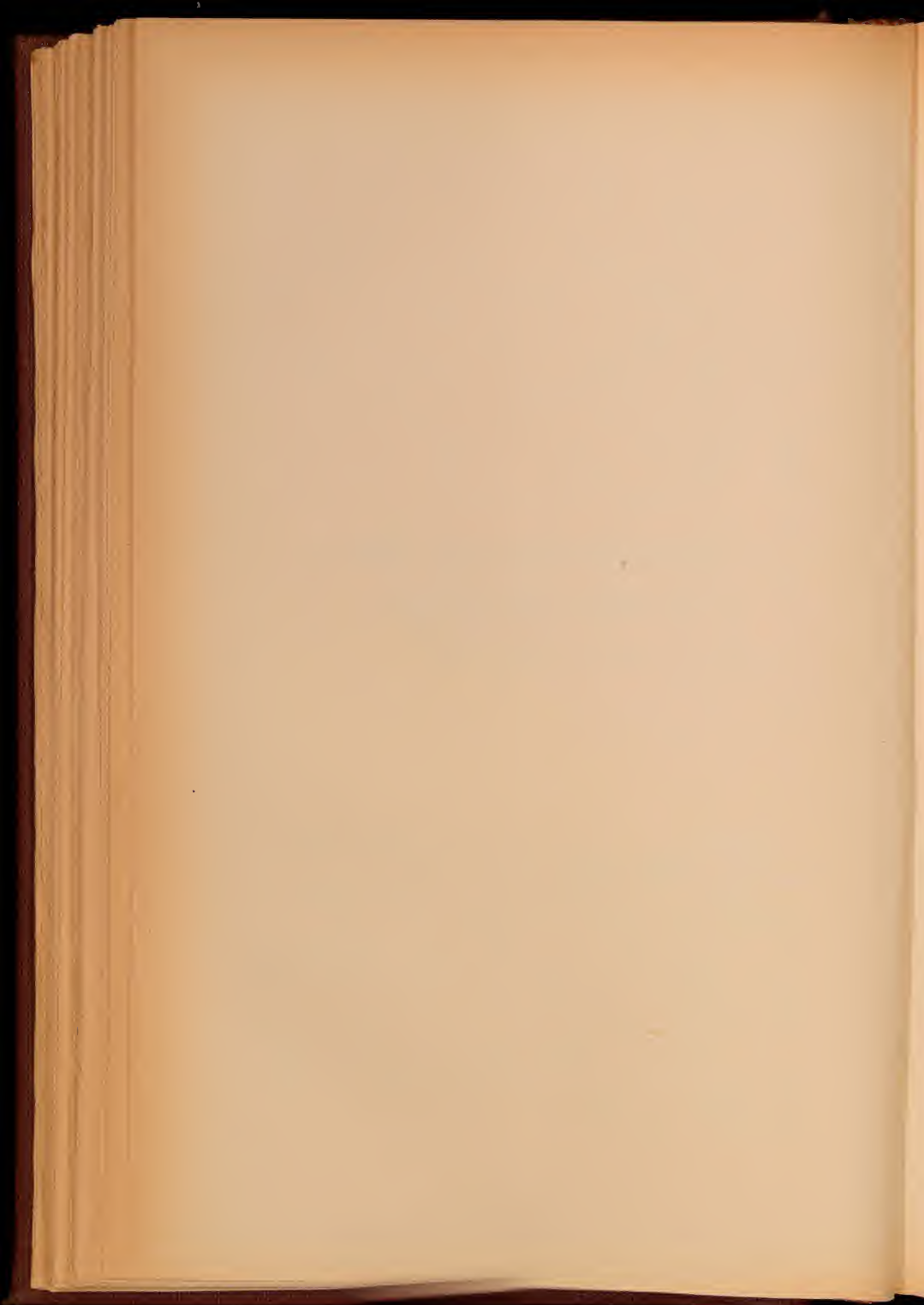
---

(1) CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, vol. I, Lucca, 1871, pag. 92, § 118.

LA NATURA GIURIDICA DELLO CHÈQUE
E I DIRITTI DEL POSSESSORE
VERSO IL TRATTARIO *

* *Rivista di diritto commerciale*, 1909. Nota alla sentenza 31 luglio 1908 della Corte d'appello di Genova, la quale decise:

« Il possessore di un assegno bancario ha azione contro il trattario pel pagamento del relativo importo; nè per l'esperibilità di tale azione è necessario che il trattario abbia accettato l'assegno.

« Il trattario ha però diritto di opporre al possessore dell'assegno, che ne chiede il pagamento, tutte quelle eccezioni che potrebbe opporre al traente ed anche il pagamento che avesse fatto al traente o ad altro avente causa dallo stesso o comunque la mancanza di fondi.

« La dichiarazione del trattario al possessore di un duplicato di un assegno, di aver già eseguito il pagamento sull'originale dell'assegno medesimo, lo libera dalle domande del possessore fintantochè questi, rigettando pienamente tale dichiarazione, non provi che presso il trattario sono tuttavia esistenti somme disponibili del traente ».

Quali diritti spettano al possessore di uno *check* verso il trattario, che ne abbia rifiutato il pagamento? Ecco una grossa questione teorica che la pratica ha da tempo, per suo conto, risolto nel solo modo compatibile con la funzione del *check* nella vita economica odierna, col negare cioè al possessore insoddisfatto il diritto di rivolgersi al trattario, salvo il caso che questo abbia accettato l'assegno, apponendovi il suo *visto*. La giurisprudenza non ha avuto che rarissime occasioni di occuparsi di questa questione, e quelle poche volte l'ha appunto — a quanto mi consta — decisa nel senso indicato (v. ad es. una sentenza del Trib. Firenze, 10 marzo 1892, *Cons. comm.*, 1892, 252). Tanto maggiore importanza ha la sentenza della Corte d'appello di Genova 31 luglio 1908, in cui recisamente si afferma il principio contrario, sebbene temperato e limitato praticamente in modo da renderne assai meno rigorosa l'applicazione. Ma poichè ove questa corrente giurisprudenziale si rafforzasse, le conseguenze potrebbero esserne assai dannose per il nostro commercio bancario, che, uscito, non sono molti anni, da una gravissima crisi, accenna da qualche tempo, pur tra incertezze ed errori, a uno sviluppo più vigoroso, riteniamo opportuno dire brevemente perchè la giurisprudenza, inaugurata dalla Corte di Genova, ci sembra da condannare.

Dicemmo che si tratta di una grossa questione giuridica. Difatti, il problema dei diritti spettanti al possessore di uno

check verso il trattario non è che un lato del più generale problema della natura giuridica dell'assegno bancario, e dei rapporti che da esso derivano fra traente (assegnante), trattario (assegnato) e prenditore (assegnatario). La sentenza segue la dottrina della *cessione*, adottata in Italia e difesa con ingegnose argomentazioni, dal Franchi (*Assegno bancario*, nella *Enciclopedia giuridica*, vol. 1, parte 4ª, n. 5 e segg.). Secondo questa dottrina, con l'emissione dell'assegno si darebbe luogo ad una *cessione di credito*, e precisamente del credito che il traente ha verso il trattario la cui esistenza è il presupposto della legale emissione dell'assegno. « Col rilascio del *check* spiega il Franchi (n. 6, pag. 222) — l'obbligo dell'assegnante verso l'assegnatario non può più essere infatti concepito in modo generico, come nell'assegno ordinario, quale una semplice promessa di far pagare da un altro, ma è particolarmente determinato in una vera e propria *assegnazione* o *attribuzione* di tutta o parte la somma (il credito di somma) che l'assegnante stesso ha di sua spettanza presso un terzo assegnato, e che questi si è obbligato di pagare a lui direttamente o a chiunque altro a favore del quale gli piaccia disporre ». Conseguenza della cessione è che il credito del traente passa nel prenditore dell'assegno, il quale acquista la qualità di creditore diretto del trattario, qualora il trattario sia e rimanga debitore del traente al momento in cui la cessione diviene di fronte a lui operativa: vale a dire secondo il Franchi, al momento della *presentazione* del *check* pel pagamento o pel visto, che terrebbe luogo della *intimazione* del diritto comune (Franchi, n. 9, pag. 224). Questa dottrina è un felice rimaneggiamento della teoria francese, per la quale la emissione dell'assegno implicherebbe cessione della provvista, ossia trasferimento della *proprietà* della provvista, con conseguente costituzione di un *diritto reale* a favore del prenditore della provvista esistente presso il trattario (cfr. Boistel, *Cours de droit commercial*, n. 861; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, IV, n. 583); teoria manifestamente inesatta, quando si pensi che anche il diritto del traente alla

provvista non è che un diritto di credito. Tuttavia, anche nella più precisa enunciazione datale dal Franchi (cessione di un *credito*), la dottrina della cessione incontra ostacoli non facilmente superabili: 1° Una prima difficoltà, messa innanzi già dal Birnbaum (*Ueber Checks*, nella *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, XXX, pag. 10), e con molta efficacia formulata poi dal Vivante (*Trattato di diritto commerciale*, III, n. 1390), consiste in ciò, che lo *check* non contiene alcun riferimento ad un credito del traente verso il trattario; nel supposto atto di cessione non sarebbe neppure individuato il credito trasmesso dall'emittente al prenditore, e il possessore cessionario ignorerebbe perfino il titolo del credito, in base al quale agisce verso il trattario debitore ceduto. 2° Una seconda difficoltà deriva dal diritto, spettante indubbiamente al traente *di fronte al trattario*, di disporre della provvista, anche dopo l'emissione dell'assegno. Questa facoltà, che risponde alla funzione economica del *check*, è implicitamente in più luoghi riconosciuta dalla legge: anzitutto nell'art. 343, il quale concede al possessore l'azione contro il traente, quando la provvista sia mancata per fatto del traente stesso: l'aver regolate *di fronte al possessore*, le conseguenze del ritiro della provvista dimostra che il ritiro medesimo, *di fronte al trattario*, è sempre possibile e legittimo; poi nell'art. 344, il quale punisce solo chi *emetta* assegni senza fondi disponibili, e non chi ritira i fondi dopo l'emissione, dichiarando così, dal punto di vista penale, lecito il ritiro della provvista (cfr. su tutto ciò Vivante, *Trattato*, III, n. 1412). Nè questa difficoltà potrebbe superarsi ammettendo come fa il Franchi in applicazione dei principî della cessione, la disponibilità del credito di fronte al debitore ceduto, fino alla intimazione operata dalla presentazione del *check*; una simile limitazione non è nella legge, e sarebbe arbitrario introdurvela.

La base dunque di una possibile azione del possessore contro il trattario: la supposta cessione voluta dalla Corte di Genova, vien meno. Ma tale possibilità è esclusa anche da considerazioni pratiche di non poco rilievo. Questa azione non

potrebbe mai essere un'azione cambiaria; sarebbe un'azione ordinaria desunta dal rapporto fondamentale esistente tra traente e trattario, in base al quale si costituì la provvista. Per esercitare l'azione il possessore dovrebbe dunque provare che il trattario è debitore del traente di una somma pari all'ammontare del *check*, e ciò gli è impossibile senza la cooperazione del traente stesso, perchè egli non solo ignora il titolo del debito, ma anche l'attuale ammontare in seguito ai successivi rimborsi, versamenti, compensazioni. Senza dire che tale azione, se pur fosse esercitabile, implicherebbe una intromissione negli affari della banca, su cui è tratto lo *check*, che questa non potrebbe, senza grave suo danno, tollerare. Giustamente quindi conclude il Birnbaum (*op. cit.*, pag. 20) che l'azione del portatore di uno *check* contro il trattario solo in pochi casi è utile all'interesse del portatore, ottiene effetti limitati, e lede gli interessi del traente e del trattario.

Ma l'inammissibilità di un'azione del possessore contro il trattario risulta non solo negativamente dalla inattendibilità della dottrina su cui si suole poggiarla (la cessione), e da considerazioni pratiche, che la rilevano di difficile esercizio, gravosa e contraria alla natura e alla funzione economica del *check*, essa risulta anche positivamente dall'analisi della struttura giuridica di questo istituto.

Nel tipo normale di *check* (prescindendo perciò dal caso di un *check* tratto a favore del traente, e non girato, che si riduce a una semplice quietanza di pagamento) figurano tre persone: traente, possessore e trattario; la natura del negozio giuridico posto in essere mediante l'emissione del *check* va dunque studiata, esaminando sia i rapporti tra emittente e trattario, sia i rapporti tra emittente e possessore. La determinazione degli ulteriori rapporti tra possessore e trattario, di cui vogliamo più specialmente occuparci, sarà una pura conseguenza della natura che avremo attribuita ai due precedenti: poichè possessore e trattario non vengono tra loro in rapporto che per mezzo del traente, è chiaro che la posizione di questi di fronte all'uno e all'altro, determinerà anche la natura dei loro rapporti reciproci.

a) *Rapporti fra traente e trattario.* — Che l'emissione di un *check* presupponga un precedente *rapporto contrattuale* fra traente e trattario è, per noi, fuori di discussione. Lo dimostra economicamente la connessione del *check* col conto corrente bancario (Rota, *Principî di scienza bancaria*, Milano 1885, pag. 51 e segg.; Wagner, *Del credito e delle banche*, nel *Manuale di economia politica* di Schoenberg, I, pag. 507; Magri, *Natura giuridica del conto corrente bancario* nella *Rivista di dir. comm.*, 1905, I, 90, 91). Lo confermano dal punto di vista del diritto positivo, le disposizioni degli art. 339 e 344 cod. comm., che richiedono, per la emissione di un *check*, la *disponibilità* della corrispondente somma presso il trattario (per un quadro della legislazione comparata su questo punto v. Conrad, *Materielle Voraussetzungen und Form des Schecks*, nella *Zeitschrift für d. gesammte Handelsrecht*, LVII (1906), pag. 71-74). Disponibilità della somma non significa infatti soltanto esistenza di un credito di corrispondente ammontare liquido ed esigibile, ma esistenza di un credito di somma di tal natura *che il debitore sia obbligato a tener presso di sè la somma di denaro corrispondente e il creditore sia autorizzato a richiederne in ogni tempo il pagamento totale o parziale.* La disponibilità consiste dunque sostanzialmente in ciò che una equivalente somma di denaro si trovi già presso il debitore pronta ad essere versata ad ogni richiesta. Ora, il credito di una somma di denaro, il cui equivalente debba rimaner presso il debitore a disposizione del creditore, non è, evidentemente, che un credito dipendente da un *contratto di deposito* e precisamente da un *deposito irregolare.* La caratteristica del deposito irregolare consiste appunto in quest'obbligo del depositario di *tenere a disposizione* del deponente il *tantundem* delle cose fungibili ricevute in deposito (cfr. Mühlhaüser, *Umfang und Geltung des depositum irregolare*, Erlangen 1879, pag. 26; Bolaffio, *Temi Veneta*, 1891, 246; Coppa Zuccari, *Il deposito irregolare*, Modena, 1901, pag. 105-106 e *Arch. giur.*, LXVIII, pag. 457). Gli articoli 339 e 344 cod. comm. mostrano adunque la stretta connessione, anche giuridica, del *check* col *deposito*

irregolare (fra cui comprendiamo, con la dottrina e la giurisprudenza di gran lunga prevalenti, anche il *deposito in conto corrente*). La facoltà di emettere *checks* presuppone, per gli articoli citati, l'esistenza di un *deposito irregolare* di una somma di denaro equivalente: può dirsi, anzi, che l'art. 339, concedendo a *chiunque abbia somme di denaro disponibili presso un istituto di credito o un commerciante* di disporne mediante assegno bancario, abbia fatto della facoltà di trarre assegni un *naturale negotii*, una conseguenza legale del deposito irregolare di somme di denaro presso un commerciante o un istituto di credito. S'intende che il deposito non implica sempre, di necessità, una *effettiva* rimessa di denaro dal deponente al depositario; vi è deposito anche quando alcuno, per convenzione espressa o tacita, si costituisce depositario irregolare (col diritto cioè di usare della somma, e coll'obbligo di tenere a disposizione il *tantundem*), di ciò che prima aveva a sua disposizione ad altro titolo, o di ciò che abbia riscosso per conto altrui; così il deposito può essere aumentato, oltre che dalle rimesse di denaro, dalle aperture di credito (in cui si ha in realtà un mutuo, con contemporaneo deposito irregolare della somma mutuata: il mutuante, invece di consegnare le somme, se ne costituisce depositario irregolare), e dalle rimesse di titoli per l'incasso (1).

Quanto si è detto finora dimostra che una *specifica autorizzazione ad emettere checks* non è necessaria, almeno nel nostro diritto positivo. Nella dottrina che richiede uno speciale accordo avente appunto per oggetto la disponibilità della somma mediante *checks* (*Checkvertrag*), dottrina formulata per

---

(1) Da un concetto troppo angusto, e quindi errato, del deposito, cioè dal concetto che nel deposito occorresse sempre l'*effettiva* e *materiale* consegna della cosa al depositario, derivarono le osservazioni di alcune Camere di Commercio sul progetto preliminare del codice (vedile ricordate in GALLAVRESI, *Assegno bancario*, pag. 136), le quali ebbero per effetto la soppressione del termine « deposito », espressamente adoperato nel progetto preliminare. Ma questa soppressione, coerentemente ai motivi che la causarono, non ha altro significato se non questo: esservi disponibilità nel senso del codice non solo in caso di *depositi versati*, ma anche in caso di *deposito in conto*.

il primo dal Cohn (*Zur Lehre von Check* nella *Zeitschrift für die vergleichend Rechtswissenschaft*, I (1878), pag. 463 e nell'*Handbuch* di Endemann, III, pag. 1147 e segg.), accolta quasi unanimamente dalla dottrina tedesca (vedine un quadro nello scritto recente del Conrad, *Die materiellen Voraussetzungen und die Form des Schecks*, nella *Zeitschrift für d. gesammte Handelsrecht*, LVII, pag. 69-71), e che anche in Italia conta autorevoli fautori (Franchi, *op. cit.*, n. 52; Errera, *Diritto comm.*, 1894, 653; Bolaffio, nella *Temi ven.*, 1900, 472; Vighi, nella *Temi ven.*, 1901, 489), è certamente qualche cosa di vero. Vi è di vero questo: che nel *conto corrente bancario* (su cui v. Magri, *op. cit.*, pag. 90 e seg.), contratto mediante il quale il banchiere si costituisce depositario irregolare di tutte le somme di spettanza del cliente che a lui possono pervenire (per via di rimesse, di aperture di credito, di incassi), la facoltà di trarre assegni concessa al cliente, è, in realtà, uno degli elementi caratteristici del negozio. Uno degli scopi del conto corrente bancario è quello di far del banchiere il cassiere del cliente, quindi di autorizzare il cliente a trarre assegni. Ma questa autorizzazione, che sarebbe, secondo la natura obbiettiva del negozio, elemento naturale (e perciò voluto in ogni caso, salvo patto in contrario delle parti) nel solo *conto corrente bancario*, è dalla legge italiana elevata ad elemento naturale di ogni *deposito irregolare di somme di denaro* fatto presso un commerciante o un istituto di credito. La disposizione, tuttavia discutibilissima in linea di diritto costituendo, dell'art. 339 non può lasciar dubbi in linea di diritto costituito. L'autorizzazione ad emettere *checks* non è necessaria, nè come contratto autonomo, nè come elemento di un contratto di conto corrente bancario (deposito bancario in conto corrente); essa è una conseguenza legale di ogni deposito irregolare di somma di denaro. Fra gli obblighi del depositario, quando questo sia un istituto di credito o un commerciante, è quello di fare il *servizio di cassa* del deponente, ossia di fare, a sua richiesta, pagamenti per conto di lui.

In tal modo il depositario è costituito, anche, per legge,

rappresentante del deponente nei pagamenti da questi ordinati. O, in altri termini, al deposito è innestato un rapporto di prestazione d'opera con rappresentanza. Questa aggiunta alle normali conseguenze giuridiche del deposito non altera la natura del contratto, di cui permangono immutati i due elementi caratteristici: l'obbligo di *custodire* e quello di *restituire* a richiesta.

Detto ciò è anche detto che cosa sia il *check*, nei rapporti fra traente e trattario. Esso è *l'ordine scritto rivolto dal deponente al depositario irregolare di una somma di denaro, di eseguire per suo conto un pagamento*. Quest'ordine non è un *mandato,* come ritiene una dottrina molto diffusa ed autorevole (in questo senso: Bolaffio, *Riv. di dir. comm.,* 1903, I, 88; Magri, *Riv. di dir. comm.,* 1905, I, 91, e tutta la dottrina tedesca che qualifica il *check* come una sottospecie dell'assegno, *Anweisung,* v. Birnbaum, *Ueber Checks, Zeitschrift,* XXX, pagina 10; Kapp, *Der Check, Zeitschrift,* XXX, pag. 330 e seg.; Cosack, *Lehrb. des Handelsrechts,* 5ª ed., 1900, pag. 318; Dernburg, *Lehrb. des preussischen Privatrechts,* 5ª ed., 1897, II, pag. 126; Conrad, *Zeitschrift,* LXVII, pag. 52; Adler, *Wesen und Zukunft des Schecks* nella *Zeitschrift* di Grünhut, 1907, pag. 426-427). Che il *check* sia un mandato è escluso dalle seguenti considerazioni: 1º il *check* di per sè non è un contratto, ma un atto giuridico unilaterale, perfetto e giuridicamente efficace anche senza l'intervento della volontà del trattario; 2º l'obbligo per il trattario, di fronte al traente, di eseguire il pagamento non deriva dallo *check,* ma dal precedente contratto di deposito, a cui la legge (art. 339) ricollega questo effetto giuridico: nelle legislazioni, che non riconoscono tale effetto ad ogni deposito irregolare, l'obbligo di pagare deriva dal precedente rapporto di conto corrente bancario, a cui è inerente la facoltà di emettere *checks*; 3º la veste di rappresentante del traente nel pagamento da eseguirsi non deriva dal supposto mandato contenuto nello *check,* ma anch'essa è una conseguenza del precedente contratto di deposito: se ogni depositario irregolare è per legge (art. 339) cassiere del depo-

nente, esso è di necessità anche, rappresentante legale di lui nei pagamenti; nel conto corrente bancario poi la rappresentanza nei pagamenti è un elemento essenziale del contratto. In sostanza il *check* non è un mandato perchè gli effetti giuridici propri del mandato non dipendono dalla emissione del *check*, ma preesistono già al *check*; questo mandato non è dunque che la quinta ruota del carro! Il *check* è semplicemente un atto giuridico con cui si esercita il diritto, già inerente all'esistenza di un deposito di denaro presso un commerciante o un istituto di credito, di far eseguire da questi i propri pagamenti; esso ha semplicemente lo scopo di far conoscere al trattario che vi è un pagamento da fare, di indicarne l'ammontare e la persona a cui deve farsi. Solo, mentre la somma deve essere fin dal principio determinata (art. 340), la persona si determina mediante il possesso del titolo, nelle forme proprie della sua circolazione.

b) *Rapporti fra traente e possessore.* — Ma lo *chèque* non è soltanto un *ordine di pagamento* rivolto dal traente al trattario, in base al precedente rapporto di deposito tra essi esistente; esso contiene anche una *promessa* rivolta dal traente al possessore del titolo, per la quale quegli rimane vincolato a pagare l'ammontare dello *check*, e vincolato nelle forme cambiarie (art. 341); all'ordine di pagare accede una promessa cambiaria. Questo è fuori di discussione. Ma di che natura è questa promessa? Le spiegazioni date sono varie, ma in fondo coincidono. Per il Vivante (n. 1390) si tratta della promessa del fatto di un terzo (art. 1129 cod. civ.); il traente promette il pagamento del trattario. Così pure per il Birnbaum, *Ueber Checks*, *Zeitschrift*, XXX, pag. 11, nella emissione e consegna di uno *chèque* è compresa la promessa di pagamento da parte del trattario e l'obbligazione a risarcire i danni, in caso di mancato pagamento. Per il Kapp, *Der Check, Zeitschrift*, XXX, pag. 331-332, il contenuto principale del *check* è dato dall'assegno, a cui accede la promessa cambiaria dell'emittente con efficacia puramente sussidiaria come particolare garanzia per il prenditore in caso di inesecuzione del mandato

rappresentante del deponente nei pagamenti da questi ordinati. O, in altri termini, al deposito è innestato un rapporto di prestazione d'opera con rappresentanza. Questa aggiunta alle normali conseguenze giuridiche del deposito non altera la natura del contratto, di cui permangono immutati i due elementi caratteristici: l'obbligo di *custodire* e quello di *restituire* a richiesta.

Detto ciò è anche detto che cosa sia il *check*, nei rapporti fra traente e trattario. Esso è *l'ordine scritto rivolto dal deponente al depositario irregolare di una somma di denaro, di eseguire per suo conto un pagamento*. Quest'ordine non è un *mandato,* come ritiene una dottrina molto diffusa ed autorevole (in questo senso: Bolaffio, *Riv. di dir. comm.,* 1903, I, 88; Magri, *Riv. di dir. comm.,* 1905, I, 91, e tutta la dottrina tedesca che qualifica il *check* come una sottospecie dell'assegno, *Anweisung,* v. Birnbaum, *Ueber Checks, Zeitschrift,* XXX, pagina 10; Kapp, *Der Check, Zeitschrift,* XXX, pag. 330 e seg.; Cosack, *Lehrb. des Handelsrechts,* 5ª ed., 1900, pag. 318; Dernburg, *Lehrb. des preussischen Privatrechts,* 5ª ed., 1897, II, pag. 126; Conrad, *Zeitschrift*, LXVII, pag. 52; Adler, *Wesen und Zukunft des Schecks* nella *Zeitschrift* di Grünhut, 1907, pag. 426-427). Che il *check* sia un mandato è escluso dalle seguenti considerazioni: 1º il *check* di per sè non è un contratto, ma un atto giuridico unilaterale, perfetto e giuridicamente efficace anche senza l'intervento della volontà del trattario; 2º l'obbligo per il trattario, di fronte al traente, di eseguire il pagamento non deriva dallo *check*, ma dal precedente contratto di deposito, a cui la legge (art. 339) ricollega questo effetto giuridico: nelle legislazioni, che non riconoscono tale effetto ad ogni deposito irregolare, l'obbligo di pagare deriva dal precedente rapporto di conto corrente bancario, a cui è inerente la facoltà di emettere *checks*; 3º la veste di rappresentante del traente nel pagamento da eseguirsi non deriva dal supposto mandato contenuto nello *check*, ma anch'essa è una conseguenza del precedente contratto di deposito: se ogni depositario irregolare è per legge (art. 339) cassiere del depo-

nente, esso è di necessità anche, rappresentante legale di lui nei pagamenti; nel conto corrente bancario poi la rappresentanza nei pagamenti è un elemento essenziale del contratto. In sostanza il *check* non è un mandato perchè gli effetti giuridici propri del mandato non dipendono dalla emissione del *check*, ma preesistono già al *check*; questo mandato non è dunque che la quinta ruota del carro! Il *check* è semplicemente un atto giuridico con cui si esercita il diritto, già inerente all'esistenza di un deposito di denaro presso un commerciante o un istituto di credito, di far eseguire da questi i propri pagamenti; esso ha semplicemente lo scopo di far conoscere al trattario che vi è un pagamento da fare, di indicarne l'ammontare e la persona a cui deve farsi. Solo, mentre la somma deve essere fin dal principio determinata (art. 340), la persona si determina mediante il possesso del titolo, nelle forme proprie della sua circolazione.

b) *Rapporti fra traente e possessore.* — Ma lo *chèque* non è soltanto un *ordine di pagamento* rivolto dal traente al trattario, in base al precedente rapporto di deposito tra essi esistente; esso contiene anche una *promessa* rivolta dal traente al possessore del titolo, per la quale quegli rimane vincolato a pagare l'ammontare dello *check*, e vincolato nelle forme cambiarie (art. 341); all'ordine di pagare accede una promessa cambiaria. Questo è fuori di discussione. Ma di che natura è questa promessa? Le spiegazioni date sono varie, ma in fondo coincidono. Per il Vivante (n. 1390) si tratta della promessa del fatto di un terzo (art. 1129 cod. civ.); il traente promette il pagamento del trattario. Così pure per il Birnbaum, *Ueber Checks*, *Zeitschrift*, XXX, pag. 11, nella emissione e consegna di uno *chèque* è compresa la promessa di pagamento da parte del trattario e l'obbligazione a risarcire i danni, in caso di mancato pagamento. Per il Kapp, *Der Check, Zeitschrift*, XXX, pag. 331-332, il contenuto principale del *check* è dato dall'assegno, a cui accede la promessa cambiaria dell'emittente con efficacia puramente sussidiaria come particolare garanzia per il prenditore in caso di inesecuzione del mandato

di pagare contenuto nell'assegno. Anche per il Conrad nel così detto *check* bianco vi è un mandato di pagamento e una promessa di garanzia (*Zeitschrift*, LVII, pag. 52). I due concetti che campeggiano in queste costruzioni: promessa del fatto del terzo, promessa di garanzia, in sostanza coincidono giacchè anche la promessa del fatto del terzo, tanto nel diritto nostro, quanto in quello francese e tedesco, si risolve nella promessa di *garantire* il fatto del terzo (Giorgi, *Obbligazioni*, III, n. 303; Saleilles, *Essai d'une théorie de l'obligation*, 1901, pag. 163-174; Hasenhörl, *Das österreichische Obligationenrecht*, 1892-1896, I, pag. 483, nota 23). Ma, comunque la si formuli, questa concezione del *check* come una promessa del fatto del terzo, mi lascia molto perplesso. Nella promessa del fatto del terzo, colui il cui fatto viene promesso, deve, in realtà, figurare come *terzo*, ossia come agente in *nome proprio*. Se invece il terzo figura dover agire *in nome* del promittente, si esula dal campo dei contratti a carico di terzi, per entrare in quello della rappresentanza. Non si ha più promessa del fatto del terzo, ma promessa da eseguirsi a mezzo di rappresentante: il rappresentante infatti *non è terzo* (Tartufari, *La rappresentanza nella conclusione dei contratti*, 1892, n. 350). La promessa del fatto del terzo, al pari della promessa a favore di un terzo, *presuppone* che fra il promittente e il terzo non vi sia un rapporto di rappresentanza (Savigny, *Obligationenrecht*, II, § 59). Nel caso nostro, invece, la rappresentanza vi è, perchè il trattario è per legge (art. 339) non solo *autorizzato*, ma *obbligato* a fare il servizio di cassa del traente, vale a dire a eseguire pagamenti in nome e per conto di lui. Che il pagamento eseguito su presentazione dello *check* lo sia in nome del traente e quindi in rappresentanza di lui, risulta poi dalla stessa struttura e funzione economica del *check* e dalla intenzione delle parti nella costituzione e nello svolgimento del rapporto. Se economicamente il *check* è un mezzo di pagamento e il trattario è il cassiere del traente, è chiaro che, dal punto di vista economico, il pagamento eseguito dal trattario è un pagamento del traente. Nè diversamente sta la

cosa dal punto di vista giuridico. Pagando al possessore dello *check*, il trattario non ha affatto l'intenzione di estinguere un debito proprio, nè il possessore di ricevere il pagamento di un credito proprio verso il trattario; l'uno e l'altro, nel pagamento che si esegue, hanno intenzione di estinguere un debito *del traente*. Ben diversamente avviene invece colla cambiale tratta, ed è questa appunto una delle più importanti differenze, finora non sufficientemente messa in rilievo, fra la cambiale tratta e lo *check*. Nella tratta, veramente, il traente promette il fatto del trattario; ossia promette l'assunzione da parte del trattario della obbligazione cambiaria, e, conseguentemente il pagamento come pagamento di un debito proprio del trattario. I due momenti della prestazione promessa a carico del trattario (assunzione dell'obbligazione cambiaria, pagamento), sono di solito distinti (occorre infatti la presentazione per l'accettazione, e la presentazione per il pagamento); solo nella tratta a vista, essi, pur restando concettualmente distinti, praticamente coincidono: il trattario assume l'obbligazione e la soddisfa. Al contrario, nel *check*, il traente non promette il pagamento di un *debito del trattario*: promette il pagamento di un *debito proprio*, da eseguirsi a *mezzo del trattario*. Di qui derivano tutte le differenze giuridiche fra tratta e *check*, tra cui fondamentale quella concernente la così detta provvista, ossia la *disponibilità* della somma, non necessaria nella tratta, e necessaria nel *check* (cfr. Sacerdoti, *La legge germanica sugli checks*, nella *Rivista di dir. comm.*, 1908, I, pag. 316).

Nei rapporti fra traente e possessore il *check* è dunque una *promessa scritta di pagare una somma determinata a mezzo del trattario*; promessa *cambiaria*, quindi risultante da un negozio giuridico unilaterale astratto, e assunta verso il possessore del titoto, persona indeterminata, ma determinabile dal rapporto, in cui si trova col documento (cfr. su ciò Jacobi, *Der Scheck als Wertpapier, Zeitschrift für d. gesammte Handelsrecht*, 1908, pag. 86 e seg). In quanto il *check* è promessa cambiaria, quindi nei soli rapporti fra traente, possessore e

giranti, si applicano ad essa le norme proprie della cambiale (art. 341). Ma ciò sempre, s'intende, con riguardo alle differenze essenziali fra questi due titoli, in ispecie fra il *check* e la tratta, che più ad esso si rassomiglia.

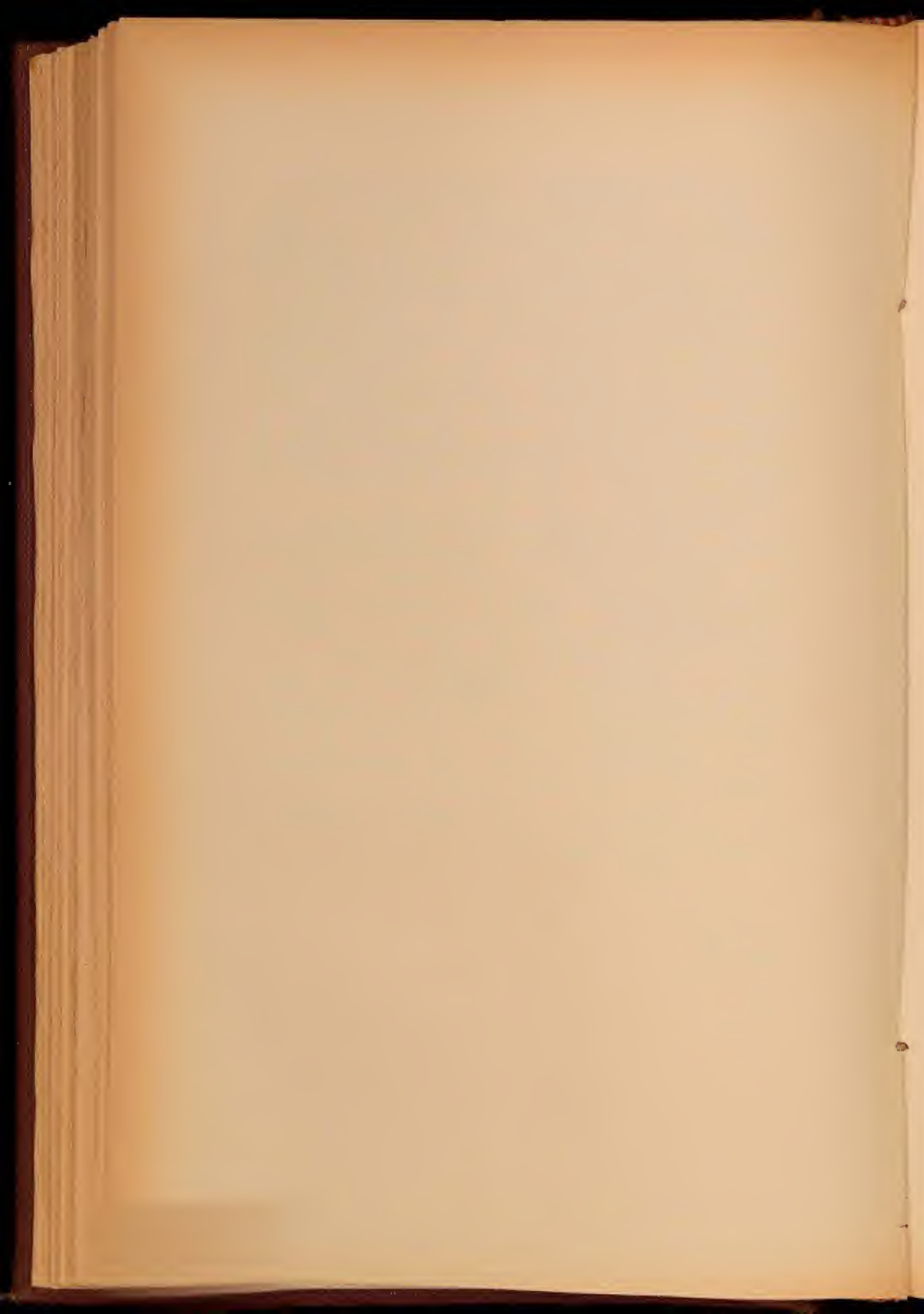
Così, ad esempio, essendo il *check* una *promessa di pagare a mezzo del trattario*, e non una *promessa di far pagare dal trattario*, il traente di uno *chèque* deve considerarsi come obbligato *principale*, e quindi in *via diretta*, mentre il traente di una tratta è obbligato in *via di garanzia*, e perciò in *via di regresso*, il che è confermato dall'art. 343, il quale concede l'azione contro il traente anche quando il possessore sia decaduto dall'azione di regresso, salvo che la disponibilità della somma, sia mancata per fatto del trattario; in questo caso la decadenza anche dall'azione diretta è comminata in modo espresso per la ragione che la negligenza del possessore ha prodotto un danno al traente (cfr. su tale questione Bonelli e Bolaffio, *Riv. di dir. comm.*, 1903, I, 29 e 87).

c) *Rapporti fra possessore e trattario.* — Definito per tal modo lo *chèque* come una *promessa cambiaria di pagare una somma determinata a mezzo del trattario*, a cui è connesso *un ordine di pagare rivolto al trattario*, i rapporti tra possessore dello *chèque* e trattario si desumono molto facilmente.

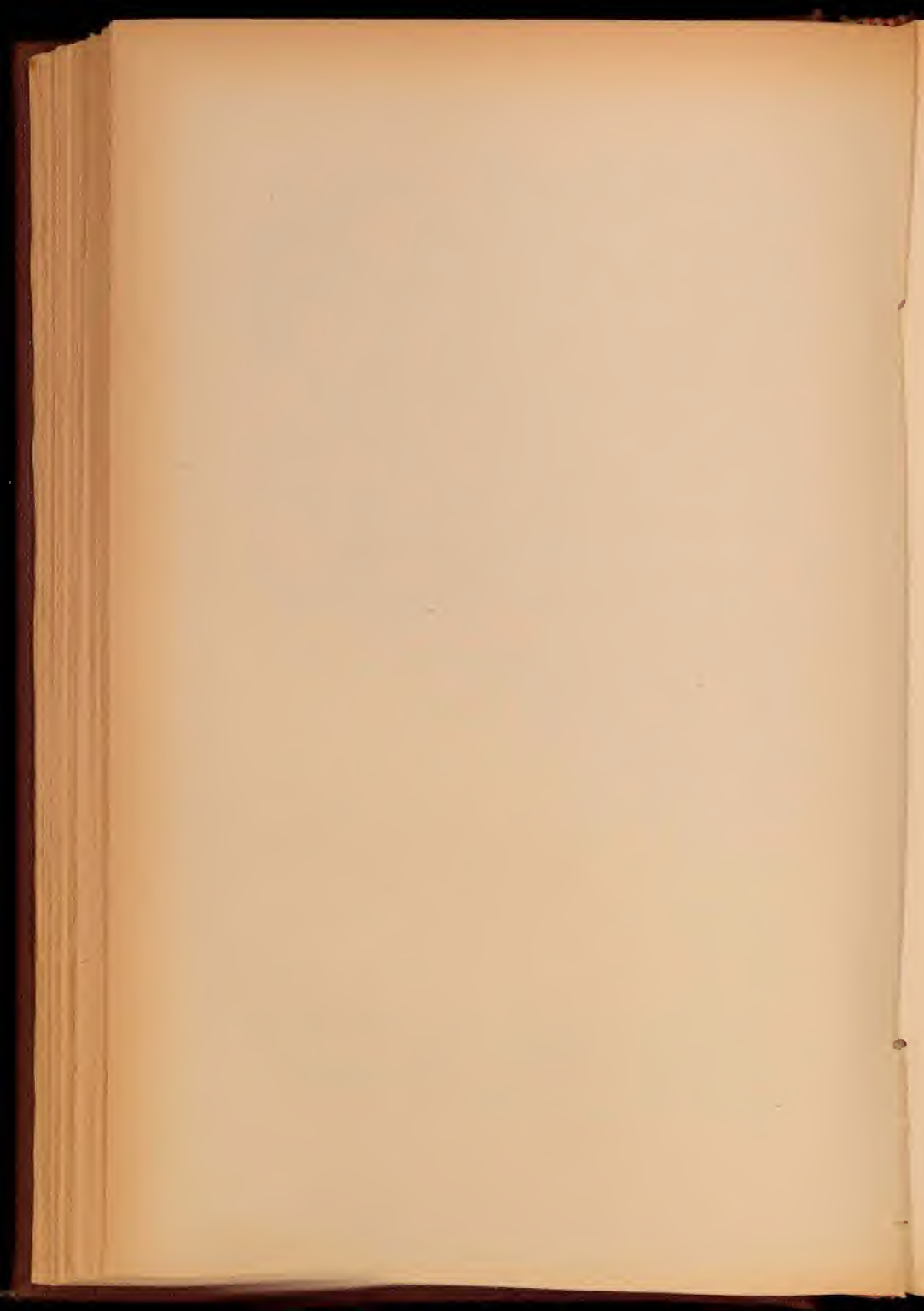
Il possessore è, semplicemente, creditore del traente, e come tale soltanto si presenta al trattario. L'opinione del Vivante (*Trattato*, III, n. 1390) che il possessore sia da considerare, di fronte al trattario, come un *adiectus solutionis causa*, non è, a mio avviso, accettabile (cfr. Bolaffio, *Riv. di dir. comm.*, 1903, I, 88). *L'adiectus solutionis causa* è un rappresentante convenzionale del creditore, il cui mandato risulta dallo stesso atto costitutivo del credito (Giorgi, *Obbligazioni*, VII, n. 74; Windscheid, *Pand.*, § 342 testo e nota 34; Hasenhörl, *Oesterreichiches Obligationenrecht*, II, pag. 385 testo e nota 45; Crome, *Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts*, 1894, pag. 317, testo e nota 33). Ora che il possessore dello *chèque* non possa qualificarsi come un mandatario convenzionale del debitore destinato a ricevere il pagamento

dal trattario è fatto palese dalle seguenti considerazioni: 1° il possessore non chiede, nè riceve il pagamento in nome e nell'interesse del traente, ma in nome e per conto proprio; 2° il possessore non basa il suo diritto di ricevere il pagamento sul contratto a lui ignoto esistente fra traente e trattario, ma fa valere un diritto di credito letterale ed autonomo, derivante dal titolo; 3° è completamente artificioso considerare come *adiectus solutionis causa,* designato nel contratto costitutivo della provvista, l'indeterminato possessore di uno *chèque* non ancora emesso; 4° il debitore a cui è stato assegnato un *adiectus solutionis causa*, ha facoltà di pagare o al creditore o all'*adiectus*: invece il trattario deve pagare al possessore dello *chèque*.

Come il possessore è, semplicemente, il creditore del traente, il trattario è il rappresentante legale del traente per l'esecuzione del pagamento dovuto al possessore. È qui da avvertire soltanto che il ricevere il pagamento dal rappresentante è obbligatorio per il creditore, perchè tale è la condizione, a cui il traente si obbligò, nell'emettere lo *chèque*.

Certo, come depositario irregolare del traente, il trattario è per legge tenuto ad eseguire il pagamento (art. 339), ma è tenuto *verso il traente*, non verso il possessore. Di fronte al possessore il trattario non è per nulla obbligato; il fatto che il possessore è un creditore di un suo creditore può giustificare, nei congrui casi, l'esercizio dell'azione surrogatoria, a termini dell'art. 1234 cod. civ., non altro.

SULLE ECCEZIONI CAMBIARIE
DESUNTE DAL RAPPORTO FONDAMENTALE *

* *Rivista di diritto commerciale,* 1904. Nota alla sentenza 8 febbraio 1904 della Corte d'appello di Palermo, la quale decise:

« La cambiale rilasciata a cautela di un credito subordinato all'adempimento e avveramento di talune condizioni non ha efficacia esecutiva, e quindi è nulla l'esecuzione in base alla medesima ».

Si trattava, a quanto può desumersi dalla sentenza, di una cambiale rilasciata in dipendenza di un credito condizionato, e fatta valere quando la condizione non si era ancora verificata. Il Tribunale, ritenuto il non avveramento della condizione, aveva dichiarata fondata l'eccezione opposta dell'emittente e ne aveva accolta l'opposizione al precetto. Anche alla Corte sembra fondata l'eccezione, ma, andando anche più in là del Tribunale, essa si spinge fino a dichiarare inutile ogni indagine sull'avveramento della condizione, perchè il fatto che la cambiale fu rilasciata a semplice *cautela* di un credito, basta, a suo avviso, a rendere infondata l'azione, anche nel caso che per l'avverarsi della condizione il credito fosse divenuto, senz'altro, esigibile.

Il tema della controversia è dei più eleganti e difficili del diritto cambiario: il valore e l'efficacia delle *eccezioni desunte dal rapporto giuridico fondamentale;* elegante e difficile al pari di tutte le questioni concernenti l'argomento delle *eccezioni cambiarie*, nel quale sono poste al duro cimento delle applicazioni pratiche le costruzioni scientifiche sulla natura giuridica del negozio cambiario.

La dottrina è concorde ormai nel ritenere che, di regola, la emissione di una cambiale non estingue il rapporto originario che le sta a base; perchè essa importi novazione occorre che le parti abbiano *voluto in modo specifico* sostituire al debito antico la nuova obbligazione cambiaria (Cfr. Vivante, *Trat-*

tato, IV, n. 1612; Manara, nella *Giur. it.*, 1894, I, 2, 164; Giorgi, *Obblig.*, VII, n. 398; Lehmann, *Lehrb. d. deutschen Wechselrechts*, Stuttgart, 1886, pag. 435; Rehbein, *Allgemeine deutschen Wechselordnung*, Berlin, 1900, pag. 142; Grünhut, *Wechselrecht*, Leipzig, 1897, II, pag. 296 e seg.).

Il rapporto fondamentale sussiste dunque accanto all'obbligazione cambiaria; il creditore ha, di regola, un doppio titolo per far valere i suoi diritti, e può, a sua scelta, servirsi o dell'azione derivante dal rapporto originario, o di quella derivante dalla cambiale (Cfr. Vivante, *Trattato*, IV, n. 1613; Giannini, *Azioni ed eccezioni cambiarie*, n. 107 bis; Grünhut, *Wechselrecht*, II, pag. 297); estinta, per prescrizione o decadenza, l'azione cambiaria, il creditore può ricorrere all'azione del rapporto fondamentale, se questa era soggetta ad una prescrizione più lunga (Vivante, *Trattato*, IV, n. 2092; Manara, *Giurisp. italiana*, 1894, I, 2, 164; e la giurisp. citata da questi autori).

Ma se il rapporto fondamentale persiste insieme alla cambiale da cui deriva, esercita esso alcuna influenza sulla obbligazione cambiaria a cui dette origine? L'obbligazione cambiaria è, in qualche modo, legata alle vicende del rapporto fondamentale? La difficoltà di ammettere questo collegamento sta nel carattere *astratto* del negozio cambiario, che la dottrina e la giurisprudenza riconoscono unanimi e che anche il legislatore sembra espressamente sanzionare quando, all'articolo 324 cod. comm., stabilisce che nei giudizi cambiari il debitore non può opporre che le eccezioni riguardanti la forma del titolo, o la mancanza delle condizioni necessarie all'esercizio dell'azione, e le eccezioni personali a colui che la esercita (Cfr. Lehmann, *Lehrb. d. deutschen Wechselrechts*, Stuttgart, 1886, pag. 17; Grünhut, *Wechselrecht*, I, pag. 453 testo e nota 3; Dernburg, *Das burgerliche Recht d. deutschen Reichs u. Preussens*, II, pag. 195; Zachariae-Crome, *Handbuch d. französischen Civilrechts*, IV, pag. 425 nota 1; Crome, *Allgemeiner Theil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft*, Mannheim 1892, § 31 nota 39). Ma, d'altro canto,

isolando la cambiale dalla sua causa, si giunge alla conclusione, evidentemente eccessiva, di tenere obbligato l'emittente anche di fronte al creditore cambiario che ricevette da lui il titolo in dipendenza di una obbligazione inesistente o nulla o risoluta. Una via di conciliazione tra le esigenze della circolazione del titolo e quelle di una giusta difesa del debitore è stata perciò trovata distinguendo i rapporti tra il firmatario della cambiale e il suo immediato contraente, ed i rapporti tra il firmatario e i successivi acquirenti di buona fede. I primi si regolano secondo il rapporto materiale esistente tra firmatario e prenditore: i secondi unicamente secondo il tenore del titolo; quindi l'obbligazione cambiaria è legata alla causa nei rapporti di coloro che negoziarono il titolo; ma nei rapporti del sottoscrittore coi successivi acquirenti l'obbligazione deve considerarsi come una obbligazione astratta, isolata dalla causa, e su cui il rapporto fondamentale non esercita alcuna influenza; (Cfr. Vivante, *Trattato*, IV, n. 1492; Staub, *Kommentar*, pag. 209, n. 22; Segrè, *Dei titoli obbligatori al portatore*, pag. 11-28). Che questa dottrina soddisfi pienamente alle esigenze pratiche, non v'ha dubbio; ma può essa dirsi logicamente irreprensibile? Uno stesso negozio giuridico che è *contemporaneamente* astratto, cioè isolato dalla causa, e non astratto, cioè legato alla causa, astratto di fronte ai successivi acquirenti del titolo, non astratto di fronte al prenditore immediato, può parere una contraddizione in termini. E contradditoria è veramente questa teorica, se la si intende nel senso che la cambiale debba ritenersi un negozio giuridico *a un tempo* astratto e non astratto. A noi però che crediamo completamente esatte le conclusioni a cui essa perviene, sembra che quella dottrina possa benissimo giustificarsi ed accogliersi, purchè le si dia una formulazione diversa e più rigorosa.

In realtà, la cambiale è *sempre* un negozio astratto, sia di fronte all'acquirente immediato, sia di fronte ai possessori successivi. Ma è sul concetto del negozio astratto che bisogna intendersi. Anche nei negozi formali l'astrazione della causa

non è mai così assoluta, come pur vorrebbe qualche scrittore (per es. Ferrara, *Teoria del negozio illecito nel dir. civ. italiano*, Milano, 1902, pag. 301 e seg.), da non doversi mai tenere *alcun conto* della causa. Questi negozi sono invece soltanto caratterizzati da ciò, che *per la validità loro* non si ha riguardo alla causa (Cfr. Dernburg, *Das burgerliche Recht d. deutschen Reichs und Preussens*, Halle, 1899, II, pag. 193; Förster-Eccius, *Preussisches Privatrecht*, Berlin, 1896, I, pagg. 439-440); ossia, come dice benissimo il Messina (*Contributo alla dottrina della confessione*, Sassari, 1902, pag. 108) « la legge con un processo analitico di separazione considera *un lato solo della volontà totale delle parti*, e vi riconnette effetti, sottraendo appunto il lato costituito dalla causa subiettiva al contenuto del negozio, e rinviandolo fra gli elementi di esso *a priori* giuridicamente irrilevanti ». I negozi astratti dunque non solo sono validi, senza che vi sia bisogno di dimostrare l'esistenza della causa (ciò, per l'art. 1121 cod. civ., si verifica per *tutti* i negozi, formali e causali), ma non diventano nulli neppure quando l'*inesistenza* della causa sia dimostrata. Ciò però non significa *che in essi la causa non vi sia o non possa mai venire in considerazione*. Non è concepibile una dichiarazione di volontà senza causa, giacchè per necessità psicologica ogni atto volitivo si ricollega ad una causa (Cfr. Dernburg, *Das burg. Recht.*, pag. 193; Messina, *Confessione*, pagg. 104 e 108) e, da altro canto, anche nei negozi formali, la causa viene sotto vari aspetti in considerazione. Vi viene specialmente — e ciò a noi appunto interessa — in quanto sono concessi a colui, che emise una dichiarazione di volontà astratta in base a una causa inesistente o illecita o mancata, rimedi giuridici contro chi si è valso o vuol valersi della dichiarazione, affinchè non ne tragga ingiusto profitto; e precisamente, fermo restando in sè il negozio, ne vengono paralizzati gli effetti dannosi mediante la concessione di una *condictio* o di una *exceptio*, in base al principio generale che nessuno può arricchirsi indebitamente a danno altrui. Questo principio è riconosciuto espressamente in alcuni casi dal codice civile (art. 1145, 1146, 1237), ma per il suo carattere generale deve essere applicato

anche all'infuori dei casi espressamente preveduti dalla legge (Cfr. Larombière, *Obligations*, sull'art. 1376, n. 16 e 18; Zachariae-Crome, *Handb. d. französischen Civilrechts*, IV, pag. 750 testo e nota 1; Aubry e Rau, *Dr. Civ. français*, IV, § 422 bis). Alla consegna di una cosa senza causa, o per causa illecita o posteriormente mancata deve perciò equipararsi il caso del riconoscimento della esistenza di un debito (cod. civ. germ., § 812, cap. I), e il *rilascio di una cambiale* (cfr. Zachariae-Crome, IV, pag. 750). Anche nei negozi astratti dunque che abbiano causa inesistente, o mancata, o illecita, può il dichiarante impedire che altri si arricchisca ingiustamente a suo profitto, e, per valersi della *condictio* o della *exceptio* concessagli, può far richiamo alla causa dimostrando che essa non esistette, o era illecita, o venne meno (su ciò concordano tutti gli autori; v. Messina, *Confessione*, pag. 109 e seg.; Dernburg, *Das burg. Recht*, II, pag. 194; e *Lehrb. d. preussischen Privatrechts*, 5ª ed., II, Berlin, 1897, pag 38; Stobbe-Lehmann, *Handb. d. deutschen Privatrechts*, III, Berlin, 1898, pag. 195; Endemann, *Lehrb. d. burgerlichen Rechts*, 7ª ed., Berlin, 1900, I, pag. 874; Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901, pag. 257).

Stabilito così perchè e in che modo il richiamo alla causa sia possibile anche nei negozi astratti, ne vengono anche implicitamente stabiliti i limiti. Solo di fronte a chi si è arricchito o vuole arricchirsi ingiustamente, la ricerca della causa è rilevante: il diritto alla restituzione concesso al dichiarante è di natura infatti puramente personale, senza effetto reale (Saleilles, *Décl. de volonté*, pag. 257); è diretto a respingere le sue ingiuste pretese o a ritogliergli l'ingiustamente acquistato, non all'annullamento obiettivo del negozio. In altri termini, il rapporto causale costituisce a favore del convenuto un contro-diritto, che gli apparterrebbe, anche se la cambiale non fosse esistita: cioè un contro-diritto di obbligazione compensabile. In fondo, l'eccezione desunta dalla causa è una eccezione di compensazione (Wieland, *Der Wechsel und seine civilrechtliche Grundlagen*, Basel, 1901, pag. 60).

Tutto ciò spiega benissimo come il rapporto originario influisca sulla obbligazione cambiaria. Il richiamo alla causa da parte del sottoscrittore è possibile di fronte a chi trarrebbe un ingiusto profitto a danno di lui: quindi, di fronte all'acquirente immediato che si arricchirebbe della somma cambiaria, a cui, in base al rapporto originario, egli non aveva alcun diritto; quel richiamo non è invece possibile di fronte a chi non acquistò il titolo direttamente dal sottoscrittore, ma dal prenditore o da un possessore successivo, in base a una diversa causa materiale, e che perciò, esigendo la somma cambiaria, riceve solo ciò che gli è dovuto. Ecco in qual modo, e perchè, la distinzione tra acquirente immediato e possessore successivo è giusta, e si deduce direttamente dal carattere astratto del negozio cambiario.

Richiamandosi alla causa, il sottoscrittore può eccepire a chi acquistò da lui la cambiale:

1º *l'inesistenza di una causa*; la cambiale fu consegnata per *ischerzo*, per *errore*, in pendenza di *trattative* per la conclusione di un affare che non fu concluso;

2º *l'inefficacia giuridica della causa*; *a*) per *nullità* assoluta del negozio giuridico in dipendenza del quale la cambiale fu rilasciata; la cambiale fu consegnata in seguito a un contratto *illecito*, o nullo *per mancanza di forme*: *b*) per *annullabilità* del negozio stesso; annullabilità per *errore*, *dolo* o *violenza* (1);

3º *l'esistenza iniziale di una causa poscia venuta meno*; la cambiale fu rilasciata in pagamento di merci di cui il venditore non eseguì la consegna, donde risoluzione del contratto

---

(1) Ai casi di nullità ed annullabilità del negozio originario, gli autori tedeschi (Wieland, *Der Wechsel u. seine civilr. Grundlagen*, pag. 133; Grünhut, *Wechselrecht*, I, pag. 134 nota 12; Staub, *Komm.*, art. 82, §§ 35 e 36; Rehbein, *Komm.*, pag. 118 n. 8; Lehmann, *Lehrb.*, pag. 433 nota 4) aggiungono il caso in cui il negozio stesso non dà luogo ad azione (*Klaglosigkeit*), per es.: quando si tratti di giuoco o scommessa. Ma poichè in questo caso non è concesso dalla legge la ripetizione del già pagato (art. 1804 cod. civ.), sembra a noi manchi quell'ingiusto arricchimento che è il presupposto dell'ammissibilità di eccezioni desunte dalla causa.

per inadempimento; la cambiale fu rilasciata in dipendenza di un credito poscia pagato, o regolato con modificazioni incompatibili colla obbligazione cambiaria (se fu ad es. convenuto il pagamento a rate: cfr. Wieland, *op. cit.*, pag. 130, 131).

4° *l'esistenza di una causa non diretta a costituire creditore l'acquirente*; la cambiale fu girata per l'*incasso*; per lo *sconto*; la firma vi fu opposta *per favore*.

Fra queste eccezioni desunte dalla causa, che si possono opporre all'acquirente immediato, è compresa quella di cui si occupa la sentenza che annotiamo? Nella specie sottoposta all'esame della Corte la cambiale era stata rilasciata in dipendenza di un contratto di locazione d'opera, col quale il prenditore si obbligava ad assistere, per la parte tecnica, l'emittente in una sua vertenza, e questi prometteva un compenso, da soddisfarsi quando avesse riscosso le somme dovutegli; la cambiale era data appunto a garanzia di questo compenso.

In questo, e in altri consimili, in cui la cambiale è data a *cauzione* di un debito *futuro* o *condizionato* (*Cautionswechsel* o *Depotwechsel*) la dottrina tedesca è poco favorevole alla ammissibilità della eccezione che l'avvenimento, a cui è legata l'esistenza della causa, non si è ancora verificato (Cfr. Grünhut, *Wechselrecht*, II, pag. 130 nota; Rehbein, *Komm.* pag. 117, n. 78· Staub, *Komm.* art. 82, § 25 *recte* 27, pag. 206); così pure la giurisprudenza (vedila citata in Wieland, *op. cit.*, pag. 140, nota 4). La dottrina e la giurisprudenza tedesca ragionano sostanzialmente così: il prenditore della cambiale data a cauzione, alla scadenza del termine, acquista il diritto ad ottenere la effettiva cauzione in danaro; l'intenzione delle parti è appunto che la cauzione cambiaria si muti, allo scadere del titolo, in una cauzione in danaro. Il diritto ad ottenere la restituzione del titolo spetta all'emittente solo quando la condizione, da cui dipende l'esistenza della causa, è *mancata*; *deficiente condictione*, cessa la ragione d'essere della cauzione; *pendente condictione*, la garanzia deve esser mantenuta e tradotta in danaro alla scadenza del titolo.

A noi pare che, in questi casi, tutta la questione si riduca

ad una interpretazione di volontà. Può accadere, indubbiamente, che la cambiale sia data, invece della somma di danaro che essa rappresenta, col patto che alla scadenza ne venga riscosso l'ammontare e questo sia tenuto in deposito dal prenditore, a garanzia del credito futuro o condizionato; se ciò fu convenuto fra le parti, niun dubbio che, alla scadenza, il prenditore del titolo ha diritto di ottenere la trasformazione della cauzione mediante cambiale in cauzione mediante danaro; è questo il caso appunto di un *deposito a cauzione costituito mediante cambiale*. Ma può accadere invece che la cambiale sia data col patto che essa venga riscossa solo quando il credito da cui dipende, da futuro o condizionato sia divenuto attuale ed esigibile: in tal caso l'emissione del titolo non è diretta a costituire un vero *deposito a cauzione*, ma solo ad agevolare la riscossione del credito originario, quando questo sia divenuto esigibile. Manca affatto, in questa ipotesi, l'intenzione nelle parti di rendere *indipendente* la esigibilità del titolo dalla esigibilità del credito originario, ma esiste l'intenzione contraria. È vero che anche in questo caso il sottoscrittore non ha diritto alla restituzione del titolo finchè la condizione, a cui è legato il credito originario, non sia *mancata*. Ma ciò importa solo che il prenditore abbia diritto di *ritenere* il titolo, non anche che abbia diritto di *esigerlo*, *pendente condictione*. Finchè la condizione pende, se è negata al sottoscrittore una *condictio* per ottenere la restituzione della cambiale, gli è concessa però un'*exceptio* per respingere le pretese del prenditore che voglia essere pagato intempestivamente, o anche una *condictio* per ottenere la restituzione della somma che abbia intempestivamente, e, perciò indebitamente, pagato (Wieland, *op. cit.*, pag. 136).

In questa indagine sulla volontà delle parti può essere di grande importanza il fatto che la cambiale sia stata emessa in *pieno* o in *bianco*; se la *scadenza* fu scritta sul titolo fin dal momento della emissione, si avrà una seria presunzione per ritenere che le parti vollero costituire un vero *deposito a cauzione* mediante la cambiale; se, invece la cambiale fu

emessa con scadenza in *bianco*, si potrà ritenere più probabile che le parti abbiano voluto semplicemente agevolare il pagamento del credito originario, nel caso e per il momento in cui questo sarà divenuto esigibile.

Ci mancano elementi per decidere quale fosse la precisa intenzione delle parti nella fattispecie sottoposta alla Corte di Palermo; da quanto ne dice la sentenza sembrerebbe che i patti portassero piuttosto ad escludere la volontà di costituire un vero deposito a cauzione. In tal caso sarebbe infondata la censura che la Corte muove ai primi giudici di avere inutilmente istituito indagini sull'avveramento o meno delle condizioni a cui era subordinato il credito, a garanzia del quale le cambiali furono emesse: l'esigibilità dei titoli era legata indubbiamente all'esigibilità del credito. Che se invece, interpretando i patti corsi al momento della emissione, si fosse la Corte persuasa della intenzione dei contraenti di costituire un vero deposito a cauzione a favore del prenditore, giustamente avrebbe essa dichiarata irrilevante quella indagine; ma per essere l'esigibilità dei titoli indipendente dalla esigibilità del credito, avrebbe dovuto respingere l'opposizione del sottoscrittore, e condannarlo, senz'altro, al pagamento.

SUL VALORE DELLA CLAUSOLA

« PAGABILE PRESSO » NELLA CAMBIALE *

* *Rivista di diritto commerciale*, Milano, 1911. Nota alla sentenza della Corte d'Appello di Venezia, la quale ritenne:

« Non è domiciliata la cambiale in cui sia detto « pagabile presso la Banca X » ove il luogo indicato per il pagamento non sia geograficamente diverso da quello della residenza dell'accettante o emittente, intendendosi in questo caso che il pagamento sarà dal debitore stesso effettuato nel luogo ove abita la persona indicata nella cambiale.

« A tal fine, stante la natura formale della cambiale, non si deve guardare al luogo di effettiva residenza dell'emittente, ma a quello di emissione indicato nella cambiale.

« Quando un effetto così impropriamente domiciliato sia stato girato per l'incasso alla Banca stessa, questa risponde dei danni, nè può invocare la preventiva rimessa dei fondi, quando il debitore alla scadenza si sia presentato ai suoi sportelli per effettuare il pagamento e gli sia stato per disattenzione reiteratamente dichiarato che ivi non c'erano effetti per l'incasso al suo nome ».

Io credo che la questione sarebbe stata risolta assai meglio, se fosse stata impostata diversamente. Si trattava di un pagherò cambiaro, emesso a Padova e pagabile pure a Padova, ma *presso la Banca d'Italia*, protestato alla scadenza perchè la Banca, a cui era stato spedito per l'incasso, aveva rifiutato il pagamento offerto dal debitore, per errore dell'impiegato, che non aveva ritrovato l'effetto tra quelli in scadenza presso la Banca. La controversia verteva sulla responsabilità della Banca d'Italia per tale protesto, che si affermava avvenuto per colpa di un suo dipendente. Da questa responsabilità la Banca cercava di esimersi affermando che nella specie si trattava di una cambiale domiciliata, pagabile in luogo diverso dalla residenza dell'emittente, e a mezzo di una persona diversa; e che, perciò, l'emittente, anzi che recarsi a pagare personalmente presso la Banca, avrebbe dovuto fare il pagamento *a mezzo della Banca*, e quindi fornirle tempestivamente i fondi; avendo agito diversamente, era anch'egli in colpa e non poteva lagnarsi del danno ricevuto.

Come si vede da questa esposizione, il problema si poneva in modo assai diverso da quello che si pone solitamente a proposito della cambiale domiciliata. Non si trattava di vedere se fosse applicabile al caso la disposizione dell'art. 316 cod. di comm., secondo cui, nelle cambiali *perfettamente domiciliate*, pagabili cioè in luogo diverso dalla residenza dell'emittente o dell'accettante e a mezzo di una persona diversa,

occorre il protesto anche per conservare l'azione contro l'emittente o l'accettante. Si trattava, invece, di decidere se la cambiale in questione fosse pagabile personalmente dall'emittente presso la Banca, o a mezzo della Banca, per stabilire se era in colpa il debitore nell'essersi recato a pagare presso la Banca, invece di far tenere i fondi a questa per il pagamento. Era perciò del tutto inutile il discutere se la cambiale fosse una cambiale perfettamente domiciliata, e quindi pagabile non solo a mezzo di una persona diversa, ma anche in un luogo diverso. In tal modo si allargava la controversia ad un punto, che era del tutto indifferente per la decisione della causa: quello riguardante la diversità tra il luogo di residenza dell'emittente e il luogo del pagamento. Portata la questione su questo terreno affatto estraneo, la sentenza ha ritenuto che non vi sia diversità di luogo quando la residenza *effettiva* dell'emittente è bensì in luogo diverso dal luogo del pagamento, ma la residenza, quale risulta dal titolo, è invece proprio nel luogo del pagamento, perchè la cambiale tace sulla residenza dell'emittente, e il luogo della emissione, che, per preciso disposto di legge (art. 253) vale come residenza dell'emittente, è proprio il luogo del pagamento.

Ora, mi sembra evidente, tutto ciò non ha nulla a che vedere con la questione. Il decidere, se concorra in questo caso non solo la diversità delle persone, ma anche la diversità del luogo, è qui affatto indifferente. L'essere o non essere, l'effetto in questione, una cambiale perfettamente domiciliata, è cosa di nessuna rilevanza. Ciò che importava di vedere era questo, e soltanto questo: se la cambiale fosse pagabile direttamente dall'emittente ovvero dall'emittente *a mezzo della Banca d'Italia*. Perchè se la cambiale fosse stata pagabile *a mezzo della Banca*, non si avrebbe avuto, forse, una cambiale perfettamente domiciliata, sarebbe stato, forse, inapplicabile l'art. 316, in quanto dichiara necessario il protesto, ma si sarebbe dovuto concludere egualmente per l'obbligo dell'emittente di fornire in tempo alla Banca i fondi per eseguire il pagamento.

La questione, dunque, stava tutta nel vedere se la clau-

sola: « pagabile presso la Banca d'Italia » apposta nella cambiale valesse proprio a determinare la *persona per mezzo di cui* il pagamento doveva esser fatto, ovvero aveva solo il significato più ristretto di una determinazione del luogo, dove l'emittente stesso doveva recarsi per eseguire direttamente il pagamento.

Si tratta, in sostanza, di una questione d'interpretazione della clausola « *pagabile presso* ». La questione è certo anche importante per determinare se si è in presenza di una cambiale perfettamente domiciliata, e infatti il codice se l'è proposta e l'ha risolta testualmente nell'art. 316, ma ha una portata assai più generale, perchè possono esservi anche cambiali non domiciliate, eppure pagabili nello stesso luogo di residenza dell'emittente o accettante, per mezzo di una persona diversa. L'uso infatti di pagare a mezzo di un terzo, specialmente a mezzo di una Banca, si va sempre più diffondendo, man mano che si diffonde l'uso dei depositi bancari in conto corrente e l'abitudine di adoperare le Banche per il servizio di cassa.

Qualunque possa essere il significato etimologo e grammaticale della parola « presso » e pure ammesso che essa, isolatamente presa, stia più a designare il luogo, dove una persona si trova, che la persona, è certo che la frase « pagabile presso », riferita ad una cambiale, non può, di regola, avere altro significato che quello della designazione di un rappresentante dell'obbligato, incaricato di eseguire il pagamento.

Se si pensa, infatti, alle possibili interpretazioni della clausola, si trova che essa non può significare che una di queste tre cose.

Può la indicazione della persona essere fatta al solo scopo di determinare il luogo del pagamento; e in questo caso, restando la persona perfettamente estranea al pagamento, la clausola importerebbe che il possessore debba presentare la cambiale per il pagamento recandosi all'abitazione o all'ufficio della persona indicata ed *esibendola al debitore* che si sia ivi recato ad attenderlo.

Può invece la indicazione della persona essere fatta allo scopo di determinare, oltre che il luogo del pagamento, anche la persona *incaricata di riceverlo per conto del possessore*; in questo caso la clausola importerebbe che il possessore debba passare l'effetto al terzo indicato per l'incasso, e che il debitore debba da questi recarsi per il pagamento.

Può infine la indicazione della persona esser fatta allo scopo di determinare il luogo del pagamento e la persona *incaricata di eseguirlo per conto del debitore*: la clausola designerebbe un rappresentante del debitore per mezzo di cui deve esser fatto il pagamento.

La prima di queste tre interpretazioni è da scartare senz'altro. È invero molto improbabile che l'abitazione o l'ufficio del terzo designati siano indicati semplicemente come un terreno neutro, in cui possessore o debitore debbano incontrarsi direttamente per la presentazione e per il pagamento, senza che il terzo abbia alcuna parte nell'una e nell'altro. L'ipotesi che debitore e possessore, i quali possono anche non conoscersi affatto, siano tenuti ad incontrarsi e perciò ad attendersi reciprocamente nell'ufficio di un terzo o nei locali di una Banca per tutto il tempo utile alla presentazione e al pagamento, vale a dire per tutto il giorno della scadenza, e se questo è festivo, per tutto il giorno seguente non festivo (art. 288), è completamente fuori della realtà. Nessun uomo d'affari, anzi nessuna persona seria obbligherà sè stesso e il proprio creditore ad una simile assurda perdita di tempo, nè in verità, si è mai visto un tal singolare appuntamento cambiario, che trasformerebbe il locale della cassa della Banca in una sala di ritrovo!

Non rimangono, dunque, che le altre due interpretazioni. Delle quali deve ancora escludersi quella, secondo cui la clausola varrebbe a designare un incaricato *a ricevere il pagamento*. Questa interpretazione urta contro varie difficoltà, tra cui ricorderemo una soltanto, ma decisiva: che la rappresentanza può derivare o dalla legge o dalla volontà del rappresentato, ma non mai dalla volontà di un terzo; e qui si avrebbe ap-

punto l'anomalia che la designazione della persona incaricata a rappresentare il possessore nel pagamento verrebbe proprio dall'emittente o accettante, che sono perfettamente estranei al rapporto di rappresentanza.

La verità è che quando il debitore designa una persona, pel tramite della quale debba avvenire il pagamento, è *esso*, che intende pagare a mezzo di tale persona, e quindi, è proprio esso, che pone come *proprio* rappresentante il designato. È ben logico del resto che quando taluno nomina una persona come rappresentante in un pagamento, si intenda, salvo una evidentissima dichiarazione in contrario, che egli voglia fare ciò che è possibile e naturale: nominare un *proprio* e non un *altrui* rappresentante!

Ecco dunque come l'analisi stessa della clausola ci porta a concludere, che essa, nell'ordine normale delle cose, non può significare se non questo: che la persona designata è incaricata di eseguire il pagamento per conto dell'obbligato, e che questi si impegna a pagare per mezzo di essa.

Ma alla stessa conclusione si giunge anche per altra via.

L'art. 316 cod. di comm., che obbliga il possessore di una cambiale perfettamente domiciliata ad elevare il protesto per conservare l'azione contro gli obbligati in via diretta, in modo esplicito assimila la cambiale pagabile *presso una persona diversa* dall'emittente o dall'accettante, alla cambiale pagabile *per mezzo di una persona diversa*: un confronto tra l'art. 264 e l'art. 316 mette fuori di dubbio questa assimilazione, sulla quale dottrina e giurisprudenza sono ormai concordi (v. Vivante, *Trattato*, 3ª ed., III, n. 1096; Supino, *La cambiale*, nel *Cod. di comm. commentato* di Vivante e Bolaffio, n. 486; Bolaffio nel *Foro it.*, 1885, I, 440; Franchi, *La cambiale domiciliata*, nel *Filangieri*, XII, pag. 55-56; Manara, *Se sia necessario il protesto per conservare l'azione contro l'emittente nelle cambiali domiciliate*, nella *Giur. it.*, 1892, IV, pag. 24, e la giur. citata da questi autori). Ma se, per esplicita disposizione di legge, il pagamento *presso un terzo* equivale a pagamento *per mezzo di un terzo*, riguardo alla necessità del protesto per

conservare l'azione contro l'emittente o accettante, è chiaro che questa assimilazione ha il valore di un principio generale, che si può produrre *ad consequentias* ed applicare anche in altri casi e per altri effetti, specialmente poi quando tali effetti hanno una importanza assai minore di quelli, di cui si occupa l'art. 316.

Anche la dottrina tedesca, del resto attribuisce alla clausola *pagabile presso* (« *zahlbar bei* ») il valore di una designazione della persona, per mezzo di cui il pagamento deve esser fatto: v. Grünhut, *Wechselrecht*, I, pag. 422, nota 19: « Le parole « pagabile presso » non significano perciò solo, che lo stesso *debitore cambiario* si recherà nell'abitazione della persona designata, per eseguire *egli stesso* il pagamento, ma che il pagamento deve essere eseguito per conto del debitore cambiario, *a mezzo della stessa persona designata*. Questo deve valere in particolare quando si dice: pagabile *presso* un istituto di credito o *ad una* cassa . . . ». V. anche Staub, *Kommentar zur allg. deutschen Wechselordnung,* art. 24, § 10; Rehbein, *Allgemeine deutsche Wechselordnung*, art. 24, n. 14.

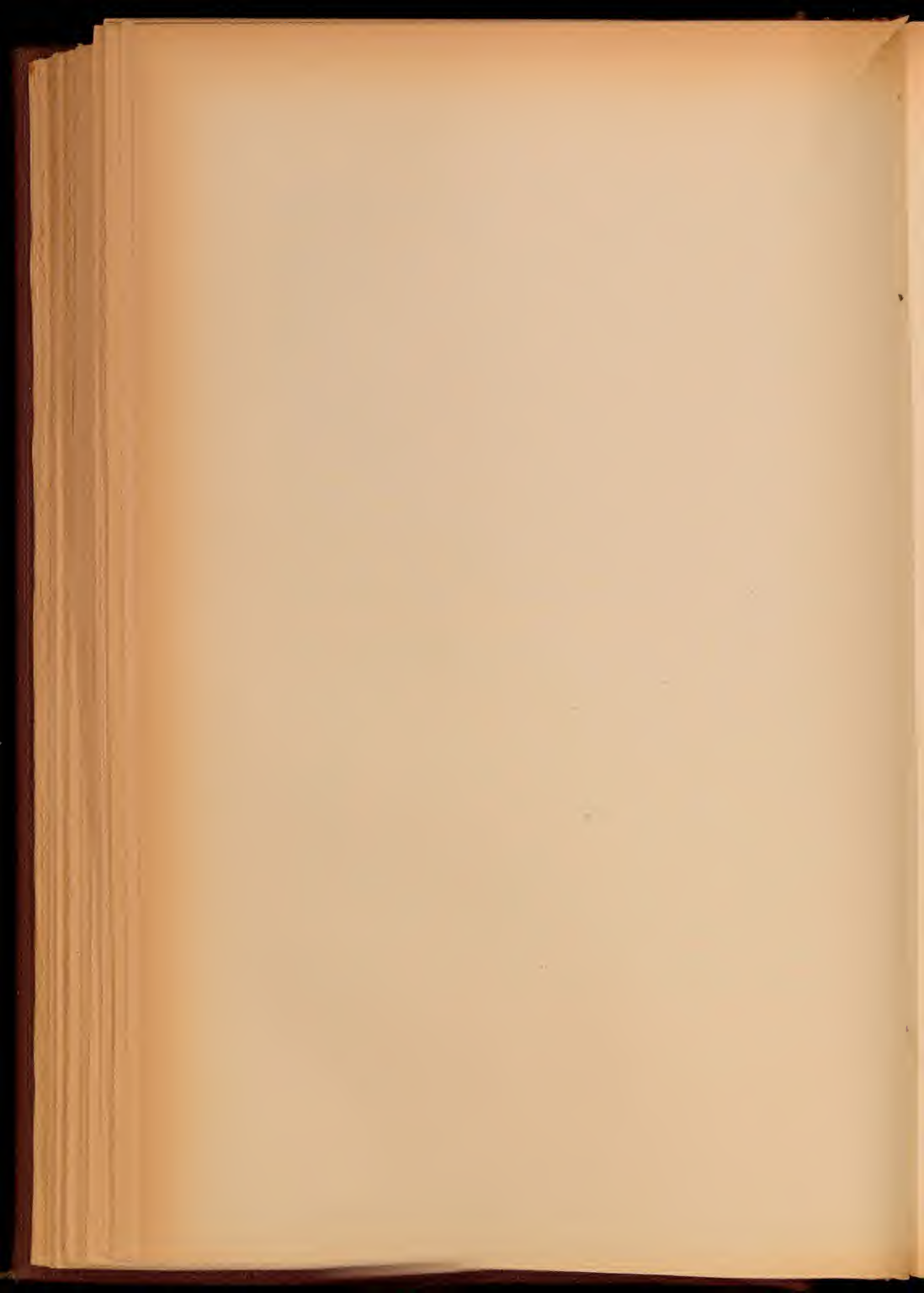
In conclusione, poichè la clausola « pagabile presso » significa appunto che il debitore cambiario si impegna ad eseguire il pagamento a mezzo della persona designata, ne consegue che, in tal caso, l'emittente ha obbligo di fornire alla persona designata i fondi per il pagamento. E perciò, nella specie decisa dalla Corte di Venezia, l'emittente fu in colpa quando si recò alla Banca chiedendo se fosse giunta per l'incasso la cambiale, mentre doveva limitarsi a depositare i fondi necessari per l'estinzione del titolo. Se ciò avesse fatto, malgrado l'errore dell'impiegato della Banca, il protesto non sarebbe avvenuto e danni non se ne sarebbero verificati. Certo, nella maggior parte dei casi, un simile scambio fra incarico di *ricevere*, e incarico di *eseguire* il pagamento non produce inconvenienti pratici: che il terzo designato agisca come rappresentante del debitore a fare il pagamento o del creditore a riceverlo è, bene spesso, in pratica, la stessa cosa. Ma possono darsi ipotesi, in cui diventi praticamente rilevante che

il terzo assume l'una o l'altra posizione giuridica. Uno di questi casi è quello, di cui si occupa la sentenza sopra riferita. Ma anche altri se ne possono configurare. Si faccia l'ipotesi che la persona designata fallisca prima di aver consegnato il danaro al creditore cambiario e la cambiale al debitore. In questo caso, se si interpreta la clausola « pagabile presso » come una designazione a *ricevere il pagamento*, il debitore cambiario s'intenderà liberato e avrà senz'altro diritto alla restituzione del titolo, e il possessore della cambiale, essendo diventato creditore dell'importo, sarà pagato in moneta di fallimento; invece, se si interpreta la clausola come una designazione a *fare il pagamento*, le conseguenze del fallimento saranno sopportate dal debitore cambiario, che sarà sempre tenuto a pagare l'importo della cambiale al possessore e non potrà ricuperare il suo credito verso la persona designata che partecipando al concorso fallimentare.

Abbiamo finora considerata la cosa come se la cambiale in questione *non* fosse una cambiale perfettamente domiciliata, e abbiamo cercato di determinare l'importanza e gli effetti della clausola « pagabile presso » *all'infuori* di quella conseguenza particolarmente rilevante e propria delle cambiali perfettamente domiciliate, che è la necessità del protesto per conservare l'azione contro gli obbligati in via diretta, sancita dall'art. 316 cod. di comm. Abbiamo così ammesso senza discussione, che non sia veramente domiciliata una cambiale pagabile bensì *a mezzo* di una persona diversa dall'emittente o accettante, ma in un luogo che, pur *materialmente* diverso da quello della residenza dell'obbligato in via diretta, non sia però *amministrativamente* diverso. In questo senso è infatti la dottrina di gran lunga prevalente: v. Vivante, *Trattato*, III, n. 1905; Franchi, op. e loc. cit., Manara, *op. cit.* e da ultimo in *Giur. ital.*, 1906, I, 2, 1 e seg.; Supino, *Comm.*, n. 484. (Questi scrittori parlano di luogo *geograficamente diverso*, formula veramente non rispondente al concetto, che debbano i due luoghi trovarsi in *comuni* diversi; geograficamente è infatti diverso anche un luogo che si trovi a po-

che centinaia di metri di distanza da un altro. Più esattamente, nello stesso ordine di idee, il Grünhut, *Wechselrecht*, I, p. 421, nota 17, dice che il concetto della località deve intendersi come quello di una unità politica). Ma che questa opinione, pur suffragata da così imponente autorità dottrinale, sia proprio scevra di dubbi, non oserei davvero affermare. Secondo questa opinione, una cambiale pagabile per mezzo di una persona diversa, la quale abbia, come è naturale, un ufficio o una abitazione propria, sarebbe una cambiale avente bensì un *domiciliatario*, ma non un *domicilio*. L'unica ragione seria addotta a sostegno di questa tesi è quella molto ben formulata dal Vivante, op. e loc. cit.: «La diversità dell'abitazione è un fatto giuridicamente inconcludente; occorre che vi sia diversità di comune, perchè solo in questo caso il codice civile ritiene vi sia diversità di domicilio». Ma in verità non è esatto che la diversità dell'abitazione sia un fatto giuridicamente irrilevante. A parte altri casi in cui l'abitazione ha molta importanza giuridica (per es.: per la notificazione degli atti giudiziari: cod. proc. civ., art. 139), proprio in materia di adempimento delle obbligazioni, l'abitazione ha una importanza rilevante. È infatti regola generale (cod. civ. articolo 1249 cap.) che, nel silenzio del contratto, il pagamento debba farsi *al domicilio del debitore:* ed il domicilio, secondo l'art. 1249, è proprio la *casa di abitazione*, e non già il domicilio dell'art. 16 cod. civ., cioè il comune dove è il centro degli affari od interessi; tanto è ciò vero che questa circostanza dell'essere l'obbligazione pagabile al domicilio del debitore, rende il credito *quérable*, vale a dire importa che il creditore debba recarsi *presso il debitore* a farsi pagare, ciò che dimostra, ad evidenza, che il domicilio, agli effetti del pagamento, è la *casa*, dove il debitore dimora, e non il comune dove egli ha il centro dei suoi affari; sarebbe bene assurdo che per l'art. 1249 il creditore dovesse recarsi *nel comune* ad attendere che per caso il debitore passi nella strada o nella piazza dove gli è piaciuto fermarsi! Insomma, il domicilio di cui si parla in materia di pagamento, importa, sempre la determi-

nazione di una casa, di un edificio che potrà essere la casa di abitazione, o un ufficio, ma che deve esser sempre un edificio ben individuato. Tanto che, se come luogo del pagamento è indicato solo il comune, s'intende che il pagamento debba essere eseguito nella casa dove abita la *persona* che deve eseguire il pagamento, se si tratta di debito *quérable*, o di quella che deve ricevere il pagamento, se si tratta di debito *portable*. Ed io credo che quando sia indicato come luogo di pagamento un comune (specialmente se si tratta di una città e di una grande città) dove non dimora nè l'emittente, nè l'accettante, nè alcun'altra delle persone menzionate nella cambiale (per es.: il prenditore), senza l'indicazione precisa del luogo, casa di abitazione o ufficio, dove creditore e debitore debbono recarsi per il pagamento, la indicazione deve riputarsi incompleta e perciò equivalente a mancanza di indicazione, con il conseguente effetto dell'applicazione dell'art. 253 cod. comm.

Se dunque, come a me par certo, l'indicazione del luogo del pagamento importa sempre la determinazione espressa o tacita del luogo specifico, abitazione od ufficio, dove debitore o creditore debbono incontrarsi per il pagamento, ne deriva che per « luogo del pagamento » nella cambiale si deve intendere (come del resto in tutte le obbligazioni) non semplicemente il *comune*, ma precisamente l'abitazione o l'ufficio, dove il pagamento deve avvenire. E allora è logico dedurre che vi è diversità di luogo, e perciò cambiale domiciliata, anche quando la persona diversa dall'emittente o accettante, che deve eseguire il pagamento, abiti nella stessa città, ma in luogo diverso. Nè mancano decisioni che si siano pronunciate in questo senso; vedansi, fra le altre: App. Bologna, 24 aprile 1900, *Mon. giur.*, 1900, 183 e 2 giugno 1905, *Foro it.*, 1906, I, 237.

LA GIRATA DOPO LA SCADENZA E GLI EFFETTI DI TITOLO ESECUTIVO NELLA CAMBIALE*

* *Il Diritto commerciale*, 1897.

1. — Il Codice di commercio, all'art. 260 dice: « La girata di una cambiale già scaduta produce soltanto gli effetti di una cessione ». Esso viene in tal modo a dichiarare la trasmessibilità del titolo cambiario, anche dopo la scadenza, con effetti più limitati che non per la girata ordinaria.

Il legislatore del 1865 invece, con maggior riguardo alla specialità dell'obbligazione cambiaria, aveva sancito che: « Se la girata... è fatta dopo la scadenza della lettera di cambio, essa non trasferisce la proprietà, e non è che una procura » (art. 224).

È giusta, è utile, è opportuna l'innovazione stabilita dall'art. 260 del Codice vigente? In realtà, non lo crediamo. Il legislatore del 1882, dando alla cambiale la massima trasmissibilità col farne derivare la qualità non più dalla clausola *all'ordine*, ma dalla natura stessa del titolo, compì quell'evoluzione per cui la cambiale, da titolo intrasmissibile, diventò un vero surrogato della carta-moneta. Ora, come strumento degli scambî, come titolo di credito circolante in commercio, la sua vita dura dal momento dell'emissione a quello della scadenza: venuta la scadenza, questo carattere, in grazia del quale fu data alla cambiale la girabilità, vien meno: o essa è pagata, e l'obbligazione si estingue: o non è pagata, e resta nel possessore un diritto di credito. Ma la rapida circolazione non essendo più necessaria, anzi, potendo diventare estremamente dannosa, non v'è ragione alcuna di concedere alla cam-

biale un mezzo più rapido di trasmissione che non la cessione ordinaria. La girata dopo la scadenza, per quanto, a termini dell'art. 260, non produca che gli *effetti* della cessione, non ha bisogno delle *forme* della cessione (1), onde la trasmissione del titolo resta sempre non poco facilitata. E non è chi non veda con quanto danno del debitore, il quale, contro la sua intenzione — perchè egli aveva fissato una scadenza — può vedere continuare a circolare la sua cambiale, senza esserne neppure avvisato.

Ma tutto ciò *de iure condendo*. In diritto costituito queste osservazioni hanno pure un valore pratico, ed è quello di dimostrare che la disposizione dell'art. 260 non è — come potrebbe sembrare a prima vista — una disposizione *limitativa*, limitante cioè gli effetti della girata cambiaria, ma una disposizione *estensiva*, in quanto che accorda alla girata posteriore alla scadenza, effetti che questa — secondo i principii del diritto cambiario — non dovrebbe avere. Siamo dunque nel campo delle disposizioni eccezionali, *contra tenorem rationis*, in cui — come norma generale — deve prevalere l'interpretazione restrittiva.

2. — Ciò posto, esaminiamo più da vicino l'art. 260, e veniamo a quello, chè è l'oggetto principale del nostro studio, vale a dire la determinazione esatta degli effetti che produce la girata posteriore alla scadenza.

Fra girante e giratario non v'è questione. Tutti sono concordi nell'affermare che, producendo la girata gli effetti di una semplice cessione civile, a norma degli art. 1538 e segg. cod. civ., il giratario dopo la scadenza non è un terzo possessore di fronte ai debitori cambiarii, ma subentra semplicemente al posto del girante: questi poi non resta solidariamente obbligato insieme all'emittente e ai giranti anteriori, ma basta che garantisca l'esistenza del credito, il *nomen verum*.

---

(1) Checchè ne dica il SORANI, *Della cambiale*, Roma, 1896, pag. 229. — Cfr. VIVANTE, *Trattato*, vol. II, parte 2ª, Torino, 1896, pag. 155.

Dibattutissima invece è la questione per ciò che riguarda i rapporti tra il giratario, e gli obbligati cambiarii. E si domanda: Potrà il cessionario di una cambiale girata dopo la scadenza godere degli effetti di titolo esecutivo che per l'esercizio dell'azione cambiaria competono alla cambiale, a termini dell'art. 323 cod. comm.? I pareri sono discordi in dottrina e in giurisprudenza; ma si può dire che la prima penda piuttosto per la risposta affermativa, la seconda per la negativa (1).

Ecco come ragionano coloro i quali sostengono che il giratario di una cambiale scaduta può agire senz'altro in via esecutiva contro i debitori. La legge dice che la girata po-

---

(1) Ecco - crediamo completo - lo stato della dottrina e della giurisprudenza.

Per l'opinione che ammette gli effetti di titolo esecutivo anche in riguardo alla cambiale girata dopo la scadenza: SUPINO, *Ist. di dir. comm.*, n. 351; VIDARI, nella *Legge*, Anno 1888, Parte 2ª, pag. 257; SACERDOTI, *Girata di una cambiale già scaduta* nel *Diritto commerciale*, 1888, col. 635 e seg.; DE FEO, *Della cambiale come titolo esecutivo in relazione alla girata fatta dopo la scadenza* nella *Rivista di Giurisprudenza* di Trani, Anno 1888, pag. 497 e seg.; CLEMENTI, nella *Temi Romana*, Anno 1895, pag. 295; SORANI, *Della cambiale e dell'assegno bancario*, vol. I, Roma 1896, pag. 222 e seg. — App. Macerata 6 dicembre 1888, *Foro it.*, 1889, I, 289; Cassazione di Palermo 2 dicembre 1890, *Foro it.*, *Repertorio* 1891, voce *Effetti cambiarii*, n. 110; App. Milano 30 maggio 1892, *Monitore dei Tribunali*, 1892, 959; App. Trani 18 febbraio 1893, *Foro it.*, 1893, I, 978; App. Genova 31 marzo 1891, *Diritto commerciale*, 1891, col. 539; Cassaz. Palermo 5 dicembre 1895, *Legge*, 1896, 5.

Per l'opinione che nega gli effetti di titolo esecutivo alla cambiale girata dopo la scadenza: GALLAVRESI, *La cambiale*, Milano, 1883, pag. 39; CALAMANDREI, *La cambiale*, Torino, 1884, pag. 89; SCEVOLA, *Commento*, sull'art. 260; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, vol. VI, Firenze, 1896, n. 216, i quali tutti però non trattano la questione, ma vi accennano solo in modo indiretto. Recentemente quest'opinione è stata confortata dell'autorità grandissima del VIVANTE che nel suo *Trattato di diritto commerciale*, vol. 2°, parte 2ª. Torino. 1896, pagina 153, n. 6921, sostiene brevemente ma con mirabile perspicuità di ragioni. Vi aderì anche il RICCI con una breve nota inserita nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1889, I, 1, 79. Nella giurisprudenza v. Cass. di Firenze, 14 giugno 1888, *Diritto commerciale*, col. 588; App. di Palermo, 7 luglio 1890, *Foro it.*, 1890, I, 1150; App. di Palermo, 11 agosto 1893, *Legge*, 1893, II, 447; App. di Genova, 31 maggio 1894, *Temi genovese*, 1894, 461; Cass. di Roma, 27 maggio 1894, *Monit. dei trib.*, 95, 4; App. di Roma, 27 marzo 1895, *Giurispr. ital.*, 1895, 298.

steriore alla scadenza produce soltanto gli effetti di una cessione. Ora quali sono gli effetti della cessione? Quelli di trasferire al cessionario i diritti che competono al cedente, di porre il cessionario in tutto e per tutto al posto del cedente. Se perciò la cessione ha per oggetto un credito dipendente da titolo esecutivo, il credito passando al cessionario come si trovava presso il cedente, nulla vieta che egli possa esperimentare in base al titolo ceduto l'azione cambiaria contro i debitori. « Chi cede una cambiale — dice il Vidari — cede anche, trasferisce cioè il diritto di agire esecutivamente contro l'accettante: perchè questo diritto fa parte dello stato giuridico nel quale egli cedente sostituisce a sè il proprio cessionario. Perchè mai dovrebbe essere diversamente? Perchè la cessione dovrebbe essere dimezzata nel suo oggetto e nei suoi effetti? (1).

Bisogna distinguere fra i rapporti tra girante e giratario, e i rapporti tra giratario ed obbligati anteriori. Tutti gli effetti si spiegheranno nei rapporti tra girante e giratario, in quanto che il primo non resterà obbligato cambiariamente, ma solo come se fosse operata una cessione civile. I rapporti invece tra giratario ed obbligati anteriori rimangono intatti, anche in seguito alla cessione: al più il cessionario sarà passibile delle eccezioni che si possono opporre al suo autore ».

Secondo questi scrittori adunque non v'è alcun motivo per credere che la cambiale, passando dal girante al giratario dopo la scadenza, debba perdere gli effetti di titolo esecutivo.

Come si vede, il ragionamento sembra strettamente logico. Tuttavia, noi tenteremo di dimostrare che esso è ben lungi dall'esaurire la questione; anzi, che da un esame più profondo di questa, non si può non ricavare il convincimento che gli effetti di titolo esecutivo, a norma dell'art. 323 cod. comm., non competono alla cambiale girata dopo la scadenza.

3. — La dottrina, che combattiamo, ha, a parer nostro, un grave difetto. Essa non fa altro che applicare materialmente

---

(1) Nella *Legge*, 1888, II, 257.

— staremmo per dire pedestremente — la lettera della legge. La legge parla di cessione: si veda dunque quali sono le conseguenze di una cessione. Ma, si noti bene, trattisi pure di cessione, nessuno vorrà negare che gli effetti della cessione assumano una fisonomia diversa, a seconda della natura e della specie del credito, a cui questa — in concreto — si applica. E qui siamo in tema di diritto cambiario, siamo nel campo di un istituto di natura specialissima, onde si deve andar molto cauti, prima di trasportarvi, senz'altro, le regole del diritto civile.

Rileggiamo attentamente l'art. 260: *La girata di una cambiale già scaduta produce soltanto gli effetti di una cessione.*

Non si perda anzitutto di vista che nostro scopo è di vedere se, colla girata di una cambiale scaduta, si trasmette nel giratario tardivo la facoltà di procedere senz'altro in via esecutiva. Ora è chiaro, che per rispondere affermativamente, non basta dire: la cessione civile immette il cessionario al posto del cedente: in questo caso il cedente ha tale facoltà; quindi questa spetta anche al cessionario. In tal modo si trascura di fare una ricerca resa necessaria dalla natura affatto speciale dell'istituto cambiario. Si trascura cioè di domandarsi: Quale è l'influenza che il fatto della scadenza esercita sul carattere di girabilità inerente alla cambiale? In quali rapporti sta questo carattere colla forza esecutiva concessa al titolo? Per conseguenza, il fatto della scadenza può, in qualche modo, influire sulla posizione di chi riceve il titolo posteriormente ad essa, per ciò che riguarda la facoltà di agire in via esecutiva?

L'art. 260 parla della *girata di cambiale già scaduta.* Ora questo fatto della scadenza è stato sempre trascurato da coloro, che si sono accinti a interpretare l'art. 260, per decidere, se la cambiale girata dopo la scadenza conservi gli effetti di titolo esecutivo. Noi invece appunto sul fatto della scadenza, posto in correlazione col carattere di titolo di credito circolante in commercio, e cogli speciali privilegi processuali dell'art. 323, porteremo la nostra particolare attenzione.

4. — La vita della cambiale, come titolo di credito circolante in commercio, non è indefinita. Ed è anche in questo che essa differisce dal biglietto di banca, per il quale il periodo in cui esso può circolare non ha limiti, in modo che, se da un canto può essere convertito immediatamente in moneta metallica, dall'altro non è stabilita alcuna epoca determinata in cui chi lo emette è obbligato a farne la conversione, e chi lo possiede ad accettarla. Quindi per questo essa appartiene alla categoria delle carte-valori (*Werthpapiere*) e non a quella delle carte-monete (*Papiergeld*) (1). È bensì vero che anche la cambiale può essere pagabile *a vista* e a *certo tempo vista* (art. 252), ma in questo caso essa deve essere presentata per il pagamento al massimo entro un anno dalla data (articoli 261 e 289).

Il periodo dunque entro il quale la cambiale adempie al suo ufficio di titolo di credito circolante in commercio è ben determinato: esso comincia il giorno della emissione e finisce in quello della scadenza. Venuto il giorno della scadenza, essa deve essere convertita in danaro: non però prima, tanto che il possessore non può essere costretto a riceverne il pagamento (art. 294). Perchè poi questa conversione avvenga effettivamente, il legislatore ha concesso mezzi straordinarii al possessore cambiario: carattere di terzo possessore che agisce *iure proprio*, qualunque sia il numero delle persone per cui la cambiale è passata, prima di giungere a lui: procedura rapida, semplice, poco dispendiosa.

È in questo periodo che si creano, si moltiplicano e si intrecciano i numerosi rapporti cambiarii: tutti coloro che hanno ricevuto e trasmesso la cambiale sono ad un tempo debitori e creditori cambiarii: ad essi compete l'azione cambiaria con tutti i privilegi inerenti. Dal giorno della scadenza in poi, la cambiale non è più titolo di credito circolante in commercio:

---

(1) Vedi CARLIN, *Zur Rechtlichen Natur der Werthpapiere* nella *Zeitschrift* del GOLDSCHMIDT, XXXVI, pag. 6. Sulle differenze tra cambiale e biglietto di banca, vedi pure GIANNINI, *Studi di diritto cambiario*, Estratto dal *Filangieri*, Milano, 1894, pag. 55 e segg.

la sua vita come cambiale si è esaurita, la sua funzione economica è compiuta. Coloro che in questo periodo hanno acquistato il carattere di creditore cambiario, hanno ancora per 5 anni l'esercizio dell'azione cambiaria; ma finito il periodo non si possono più creare rapporti cambiarii: non possono esservi nuovi debitori cambiarii, non nuovi creditori cambiarii.

Quindi fino alla scadenza, la cambiale ha la massima forza di trasmissione: dopo la scadenza, cessa la sua trasmissibilità. E ciò risponde alle supreme necessità del commercio. Ognuno sa che, in questo, le obbligazioni formano un'immensa catena della quale, se si rompe anche un anello solo, tutto il resto viene disturbato e danneggiato. Il negoziante sa che a quella data scadenza egli deve pagare una cambiale; e predispone i suoi impegni in modo da poter soddisfare al suo debito. Ma se, a sua insaputa, il titolo cambiario continuasse a circolare, invece di essere presentato per il pagamento, ecco che la catena degli affari di quel commerciante e di tutti gli altri, che sono in rapporto con lui, si spezzerebbe con grave disturbo e con immensa perturbazione di tutto il movimento commerciale, per una estensione sovente considerevole. La vita della cambiale, dunque, come titolo di credito circolante in commercio, si esaurisce colla scadenza. È questa la importantissima influenza che il fatto della scadenza produce sulla natura del titolo: gli toglie cioè il carattere di eminentemente girabile.

5. — Dicemmo già che ufficio principale della cambiale è quello di essere strumento di circolazione della ricchezza. Ora essa, per poter compiere tale ufficio, deve essere fornita di due qualità: facile trasmissibilità e sicurezza. Ad ottenere ambedue questi scopi servì in gran parte la girata, la quale, nel mentre rendeva agevole la trasmissione del titolo, ne accresceva ad ogni trasmissione le garanzie, rendendo tutti i giranti solidariamente responsabili insieme ai debitori del pagamento della cambiale alla scadenza.

Questa obbligazione rigorosa di chi trasmette un titolo

cambiario, fa parte di quel complesso di norme, dirette tutte a dare al titolo la massima sicurezza, ed al possessore di esso la certezza che, venuto il giorno indicato per la scadenza, esso verrà puntualmente pagato. Questo complesso di norme, che ha per iscopo appunto di fare della cambiale un potente strumento di credito e di circolazione, è quello che si chiama *rigore cambiario*.

Il rigore cambiario è *materiale e processuale*. Il primo consiste in ciò, che, essendo la cambiale una promessa di somma, fatta questa promessa nella forma cambiaria, essa è valida e produce azione. Promessa cambiaria è fatta non solo dal traente, emittente, o trattario, ma eziandio dai giranti ed avallanti, i quali pure sono strettissimamente obbligati. Il rigore cambiario processuale consiste in quei privilegi di procedura che la legge accorda per far valere facilmente e speditamente l'azione cambiaria (1).

Tutto questo rigoroso sistema — lo abbiamo detto e lo ripetiamo — è stabilito appunto per rendere la cambiale adatta al suo ufficio di titolo di credito circolante in commercio, di carta-moneta dei commercianti.

Finchè la cambiale è ancora l'espressione del cambio traiettizio, come lo è nell'Ordinanza francese del 1673, nel Codice del 1807, e nel Codice nostro del 1865, il carattere di commerciabilità non è considerato come inerente alla cambiale, ma v'è bisogno della clausola espressa. Ma quando essa diventa un'obbligazione puramente formale di pagare o far pagare, la girabilità è dal legislatore considerata come inerente alla natura della cambiale: la clausola *all'ordine* non è più necessaria: non solo, è necessaria una clausola espressa, non per vietare, il che è impossibile, ma per diminuire gli effetti della girata (art. 257 del nostro codice di commercio): la girata in bianco è permessa: insomma, si avvia la cambiale a divenire un titolo al portatore.

---

(1) Gareis, *Das Deutsche Handelsrecht*, Berlin, 1892, pag. 608 e segg.; Thöl, *Trattato di diritto cambiario*, § 9.

In questo processo, per cui la cambiale da titolo intrasmissibile diventa un titolo eminentemente commerciabile, noi vediamo che, ogni volta che si allarga la sfera d'azione di essa, si rende più rigorosa l'obbligazione, più spedita e più sicura l'esecuzione, in caso di mancato pagamento. Così il legislatore francese del 1673 sancisce il sequestro conservativo a favore del possessore di una cambiale protestata per difetto di pagamento, e il legislatore italiano del 1882, altrettanto largo nel dare alla cambiale la massima forza di trasmissione quanto rigoroso nel disciplinare l'obbligazione che ne deriva, concede alla cambiale, per l'esercizio dell'azione cambiaria, gli effetti di un titolo esecutivo (art. 323).

E che il maggior rigore processuale sancito dal legislatore nostro del 1882 sia in stretto rapporto col nuovo sviluppo da esso dato alla cambiale come titolo di credito circolante in commercio, è dimostrato ad esuberanza dai lavori preparatorii, e dalle relazioni presentate al Senato ed alla Camera dalle Commissioni incaricate di esaminare i varii progetti di Codice. Niun dubbio adunque che, dato lo svolgimento storico dell'istituto cambiario, dati i motivi che indussero il legislatore italiano a introdurre la disposizione dell'art. 323, si debba ritenere che la forza di titolo esecutivo concessa alla cambiale sia strettamente connessa, sia una pura e semplice conseguenza del carattere insito nella cambiale di titolo di credito circolante in commercio, di surrogato della moneta, di strumento della circolazione e degli scambii.

In tanto il legislatore ha dichiarato la cambiale avere gli effetti di titolo esecutivo, in quanto essa è titolo trasmissibile mediante girata; lo scopo, che esso si propose, fu quello di agevolarne la funzione economica. Massima facilità di trasmissione, liberando la girata da ogni formalità e permettendo eziandio la girata in bianco: massimo rigore nell'obbligazione: rapida, facile, pronta esecuzione: ecco i provvedimenti che il legislatore del 1882 volle adottare per rendere la cambiale in tutto e per tutto adatta al suo importantissimo uffi-

cio di strumento del credito e della circolazione della ricchezza (1).

6. — Posta adunque questa stretta relazione, che intercede tra il carattere di titolo eminentemente commerciabile, che possiede la cambiale, e la forza esecutiva accordata ad essa dall'art. 323, la soluzione dei quesiti, che ci siamo proposti in principio, ci apparisce semplice e piana. Vedemmo già, nella prima parte del nostro studio, quale profonda influenza eserciti sulla trasmissibilità del titolo il fatto della scadenza: la vita della cambiale — dicemmo — come titolo di credito circolante in commercio, comincia il giorno dell'emissione, e finisce in quello della scadenza: la scadenza quindi toglie la circolabilità al titolo.

Da queste due premesse deriva logicamente che chi riceve il titolo cambiario dopo la scadenza non può valersene come titolo esecutivo. Infatti, poichè il privilegio processuale fu concesso appunto a fine di rendere eminentemente negoziabile la cambiale, e colla scadenza cessa tale negoziabilità, si comprende agevolmente come colla scadenza debba eziandio venir meno in colui, a cui essa è trasmessa, quel privilegio che compete soltanto al possessore cambiario.

7. — Un altro valido argomento a sostegno della nostra tesi si può desumere dal testo stesso della legge. Dice l'art. 251: « La cambiale contiene l'obbligazione di far pagare, o l'obbli-

---

(1) Gli uffici economici della cambiale sono bene delineati dal Wagner, il quale la chiama la *forma più importante del credito personale*. « La semplicità della sua forma di emissione, la facilità con cui, mediante la girata, può essere ceduta ad altri, il rigore, con cui la obbligazione cambiaria astringe la persona (dove ancora dura l'arresto personale per debiti cambiarii) ed, in ogni caso, i beni del debitore, le disposizioni intese ad escludere il più possibile le eccezioni e le procrastinazioni del debitore contro le domande di pagamento; la speditezza del giudizio e della procedura di esecuzione, sono tutti momenti, che spiegano come l'uso della cambiale sia entrato come documento del credito personale, nelle abitudini, e siasi largamente diffuso. L'*odierno movimento degli affari sarebbe impossibile senza la cambiale* ». V. WAGNER, *Del Credito e delle Banche*, nella *Bibl. degli Economisti*. Serie III, vol. XI, pag. 471.

gazione di pagare alla scadenza una somma determinata al possessore di essa, nelle forme stabilite dal presente capo ».

L'emittente o il traente di una cambiale non si obbliga adunque a pagare ad una persona determinata, a Tizio, a Caio, o a Sempronio; ma a chiunque si troverà in possesso della cambiale al momento della scadenza. Tutti i privilegi materiali e processuali concessi all'obbligazione cambiaria, sono, in fin dei conti, stabiliti a favore del possessore alla scadenza, il quale si trova nella eccezionale posizione di aver ricevuto il titolo come moneta senza potere alla sua volta realizzarne il prezzo, col trasmetterlo: unico mezzo di convertirlo in danaro è per lui il pagamento da parte degli obbligati cambiarii. Quindi solo il possessore alla scadenza ha il diritto di farsi pagare nelle forme stabilite dal Capo I Titolo X, vale a dire egli solo può agire in via esecutiva, oltre, s'intende, a coloro che, avendo pagato in vece del debitore principale, sono subentrati nei diritti del possessore alla scadenza. Ma — si noti bene — anche per questi ultimi, perchè potessero esercitare l'azione cambiaria dopo la scadenza, fu necessario sancire apposite disposizioni di legge (art. 276, 300, 319 n. 2). Per coloro invece, i quali ricevono il titolo dopo la scadenza, nessuna disposizione di legge stabilisce che essi possano valersi dell'azione cambiaria: anzi l'art. 260 dispone che essi si debbano considerare come semplici cessionarii.

Nè basta. Il giratario di una cambiale non succede già — come avemmo occasione di avvertire — al girante, ma acquista un diritto proprio ed autonomo, che lo rende creditore diretto degli obbligati cambiarii. Egli si trova nella condizione di un terzo possessore, a cui non si possono opporre che le eccezioni derivanti dalla forma del titolo, e le sue personali: ma non lo toccano affatto le eccezioni opponibili ai giranti anteriori. Tutto ciò giustifica il rigore della legge nel prescrivere che la cambiale in mano a questo terzo possessore produca gli effetti di un titolo esecutivo. Ma giacchè all'articolo 260 il legislatore ha stabilito che colui, il quale riceve una cambiale dopo la scadenza, non debba già ritenersi come

terzo possessore di fronte ai debitori cambiarii, ma semplicemente come un cessionario che agisce *iure cessio*, deve di necessità venir meno anche il privilegio processuale. Si capisce che il giratario cambiario possa agire in via esecutiva, avuto riguardo al fatto che a lui non si possono opporre altre eccezioni che quelle derivanti dalla forma del titolo, e le sue personali. Ma quando (ed è il caso del giratario tardivo) il possessore può, a termini dell'art. 260, vedersi opposte eccezioni personali e non personali, vale a dire eziandio le eccezioni opponibili a tutti i giranti posteriori alla scadenza, l'esecuzione rapida non ha più ragione di esistere. « Queste eccezioni — dice il Vivante — derivate da rapporti corsi con altre persone, forse numerose, forse lontane, di lunga indagine, non potrebbero utilizzarsi dal debitore, se il titolo conservasse gli effetti di un titolo esecutivo. Quando la legge riconosce questa efficacia nel titolo cambiario e limita la difesa del debitore, suppone sempre che questi si trovi di fronte a un creditore cambiario contro il quale non possa difendersi che colle eccezioni personali (art. 324), cioè contro un vero giratario, ma se si trova di fronte a un cessionario costretto a subire eccezioni personali e non personali, svanisce l'ipotesi a cui la legge ha subordinato la forza esecutiva del titolo, e la difesa limitata del debitore » (1).

E — in ultimo — non possiamo fare a meno di notare che il nostro concetto circa la forza esecutiva della cambiale girata dopo la scadenza, era pure, e chiarissimo, nella mente di coloro che prepararono il codice del 1882. Nei verbali della Commissione del 1869 si legge una importante discussione sorta a proposito della clausola *all'ordine*. Il Carnazza Puglisi e l'Alianelli chiedevano che fosse stabilito in massima nelle disposizioni generali, che ogni obbligazione commerciale potesse essere rilasciata *al portatore*, e fosse *girabile*, quando espressa a nome determinato. Ma questa proposta non venne

---

(1) Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, vol. II°, parte 2ª, Torino 1896, pag. 154.

accolta, dopo le seguenti osservazioni del Presidente (Caveri), le quali si deve ritenere rispecchiassero le idee della maggioranza della Commissione: « Su questo argomento il Presidente osserva che, se le obbligazioni commerciali possono, come tutte le obbligazioni civili, trasferirsi dal possessore ad un terzo, non ne viene perciò che tutte possano essere trasferite con un atto avente gli effetti della girata cambiaria. Giacchè il trasferimento di un credito ordinario investe bensì il cessionario dei diritti del cedente, ma non può accordargli *quei privilegi che appartengono esclusivamente al creditore cambiario, e che sono:* a) *la qualità di terzo possessore che lo rende impassibile a tutte le eccezioni che affettano la persona del cedente;* b) *la facoltà dell'esecuzione parata* » (1). Dunque nella mente del legislatore i privilegi processuali concessi alla cambiale riguardano solo il creditore cambiario, solo colui che ha ricevuto il titolo in forza di una girata cambiaria, che gli ha attribuito la qualità di terzo possessore di fronte agli obbligati cambiarii.

8. — Queste sono le ragioni, che c'inducono a credere, che gli effetti di titolo esecutivo non possano competere alla cambiale girata dopo la scadenza. Nè le obiezioni della dottrina contraria ci sembrano tanto forti da distruggere il valore delle nostre argomentazioni, giacchè non v'è nessuna fra esse che possa rimanere senza risposta.

E cominciamo dal primo degli argomenti avversarii, che, in fondo, è quello su cui si basa tutta la dottrina. Già ne esponemmo i punti principali: esso consiste nel richiamarsi ai principii della cessione. « Mercè la cessione — dice uno dei sostenitori di quest'opinione — un credito passa dalla persona del cedente in quella del cessionario con tutte le sue qualità, con tutti i suoi attributi, con tutte le sue prerogative,

---

(1) *Verbali della Commissione del 1869*. Verbale IV, n. 17. V. anche Berlingieri, *Note ed appunti al Codice di Commercio: Della girabilità dei contratti commerciali*. Torino, 1888, pag. 57 e 58.

con tutti i suoi accessorii. Alla persona del cedente si surroga il cessionario che ne prende il posto. Il cessionario fu detto *procurator in rem propriam*, avvegnachè, mentre rappresenta la persona giuridica del cedente, ed è passibile di tutte le eccezioni personali che contro di lui potessero elevarsi, agisce nel suo interesse, in quanto il credito è addivenuto parte del suo patrimonio, e deve da lui essere riscosso. Di fronte al debitore ceduto cambia la persona fisica del creditore, ma resta la persona giuridica; e quindi non può cambiare e snaturarsi il titolo del credito . . . . . Il debitore ceduto non deve risentire danno alcuno pel cambiamento materiale della persona del suo creditore, e non deve al tempo stesso ottenerne vantaggio. Le cose devono rimanere integre fra cessionario e debitore ceduto, come se la cessione non avesse avuto luogo.

« Se il credito ceduto contenga in sè la virtù di titolo esecutivo, perchè dovrebbe perderla per effetto della cessione? No, siffatta virtù dovrebbe ineluttabilmente passare a favore del cessionario » (1).

A parte la stranezza dell'immagine della persona giuridica del cedente che si trasfonde nel cessionario, il concetto che domina, anzi, nel quale consiste tutta la teoria, è questo: il cessionario si pone esattamente al posto del cedente: quindi deve poter esercitare *tutti i suoi diritti, e precisamente nel modo in cui egli li poteva esercitare.*

Ma — come bene avverte il Vivante — questa sostituzione del cessionario al posto del cedente non è mai assoluta, anche in materia di cessione (2). Così al cessionario possono opporsi non solo le eccezioni opponibili al cedente, ma anche quelle che hanno con lui una relazione puramente personale (3). Così — al contrario — il cessionario può far valere tutti i benefizi nascenti dalla propria persona (4). Ecco che questa esatta, precisa successione del cessionario al posto del

---

(1) CLEMENTI nella *Temi Romana*. Anno 1895, pag. 295.

(2) VIVANTE, op. cit., pag. 153.

(3) MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, § 61.

(4) WINDSCHEID, *Pandekten*, § 332.

cedente non esiste, in principio. E le ragioni di dubitare dell'esattezza di queste affermazioni raddoppiano, se entriamo nella materia che più da vicino ci interessa, vale a dire in quella dei privilegi processuali concessi al titolo cambiario. Nel diritto civile la dottrina e la giurisprudenza sono tutt'altro che d'accordo sulla questione di sapere se i privilegi di procedura trapassano dal cedente nel cessionario. In una causa vertente fra un appaltatore del dazio consumo e un privato, in cui si trattava di sapere se il benefizio del *solve et repete* che spettava al Comune, competesse pure all'appaltatore cessionario, la Corte di Genova decise negativamente, ed affermativamente quella di Roma (1). E, sempre a proposito di tale questione, il Giorgi così si esprime: « Ecco dunque una teorica bandita dalla Cassazione romana, che rientra nel foro sotto il favore di un passaporto antichissimo, dacchè non sia altro che la dottrina del Voet e dei pratici antichi. *Tuttavia non bisogna esagerare: imperocchè i privilegi fiscali, checchè se ne dica, sono istituiti* intuitu personae, *e non trapassano al cessionario, se non quando la cessione stessa sia fatta nell'interesse della pubblica Amministrazione per facilitare l'esazione del credito* » (2).

Ora è appunto *intuitu personae* che il legislatore commerciale concesse al titolo cambiario gli effetti esecutivi. Egli ebbe di mira anzitutto il possessore alla scadenza, il quale si trova nella speciale condizione di aver ricevuto il titolo come moneta, senza poterlo come tale trasmettere, e poi quelli, tra gli obbligati cambiarii, che avendo pagato invece degli obbligati diretti, sono surrogati al posto del possessore (art. 276, 300 e 319, n. 2). Il privilegio processuale riguarda adunque soltanto quelli che sono divenuti creditori diretti, o eventuali, durante il periodo di normale circolazione del titolo, cioè fino alla scadenza, vale a dire che sono *creditori cambiarii*.

Possiamo adunque con ragione concludere, che non è per

---

(1) Cass. Roma 5 agosto 1882, *Legge*, 1882, II, 433.

(2) Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, vol. VI. Firenze, 1896, pag. 169 e 170.

nulla esatto dire che la cessione pone il cessionario precisamente al posto del cedente, e meno esatto ancora il volerne inferire che al giratario di una cambiale già scaduta, spetti, senz'altro, il diritto di agire esecutivamente, secondo il disposto dell'art. 323 cod. comm.

9. — Una obiezione che si potrebbe fare alla nostra dottrina è la seguente, desunta dal testuale disposto dell'articolo 323. Dice questa disposizione di legge: « Per l'esercizio dell'*azione cambiaria* la cambiale ha gli effetti di titolo esecutivo, secondo le disposizioni dell'art. 554 cod. proc. civ., per il capitale e per gli accessorî ». Ora non si può negare che eziandio al giratario dopo la scadenza competa l'azione cambiaria: quindi anche ad esso dovrà esser concessa la facoltà di agire in via esecutiva. Ciò, a meno che si voglia ritenere che la cambiale per il solo fatto della scadenza cessi dall'essere cambiale, e diventi una semplice obbligazione civile; il che — benchè affermato da qualche sentenza — non si può non considerare un errore, come un errore lo considera il Vivante, benchè fautore dell'opposta dottrina (1).

E neppur noi vogliamo ritenere che la cambiale, dopo la scadenza, cessi dall'esser tale: dicemmo solo che cessa dall'essere un titolo circolante in commercio. Ma, si noti bene, ci si deve intendere sul significato della locuzione *azione cambiaria*. Che significa questa frase? Significa forse — come credono i nostri contraddittori — *azione derivante dalla cambiale?* No, perchè non ogni azione derivante dalla cambiale è azione cambiaria. Azione cambiaria è quella che deriva dalla cambiale nel pieno vigore delle sue funzioni di titolo di credito circolante in commercio: essa compete ai creditori cambiarî contro gli obbligati cambiarî: ma il giratario dopo la scadenza, essendo parificato dalla legge a un cessionario, non è un creditore cambiario: a lui quindi non spetta l'azione cambiaria. Tanto è vero che il legislatore all'art. 326 dice:

---

(1) Vedi VIVANTE, *Trattato*, II, 2, pag. 154, testo e nota.

« Nonostante la decadenza dall'azione cambiaria, il traente resta obbligato verso il possessore della cambiale per la somma della quale egli trarrebbe altrimenti indebito profitto a danno del possessore stesso ». Anche in questo caso abbiamo un'azione *derivante dalla cambiale*, la quale non è per nulla *azione cambiaria*, perchè di questa si suppone la decadenza. E ciò è confermato eziandio dall'art. 919 cod. comm. il quale stabilisce: « Si prescrivono col decorso di cinque anni ..... 2º *Le azioni derivanti dalle cambiali* e dagli assegni bancarî ». Perchè qui il legislatore non ha parlato di azione cambiaria? Evidentemente perchè presuppone l'esistenza di altre azioni derivanti dalla cambiale, oltre la pura e rigorosa *azione cambiaria*.

Vano dunque è il citare l'art. 323, il quale parla soltanto di azione cambiaria, mentre l'azione che esercita il giratario di una cambiale scaduta, è bensì azione derivante da cambiale, ma non è azione cambiaria. L'obiezione quindi si ritorce e diventa un argomento di più a favore della nostra teoria.

10. — In sostegno della tesi che noi oppugnamo, il Sacerdoti invoca due argomenti, che egli stesso chiama accessori o *di contorno*, oltre quello principale desunto dalla cessione, di cui abbiamo finora parlato. Egli dice anzitutto: Se l'art. 260 dovesse interpretarsi nel senso che la girata tardiva non trasmette il diritto di valersi della cambiale come titolo esecutivo, si dovrebbe intendere parimente il precedente art. 257, il quale, nel caso in cui il traente, l'emittente, od il girante abbiano apposta la clausola *non all'ordine* o altra equivalente, dispone che le girate fatte in onta a tal divieto producono, in confronto di chi appose la clausola, *gli effetti di una cessione*. Anche in questo caso dunque la cambiale perderebbe l'effetto di titolo esecutivo, il che il Sacerdoti nega recisamente (1).

(1) Sacerdoti, *Girata di una cambiale già scaduta* nel *Diritto commerciale*, VI, col. 635 e seguente.

Ma — chi ben consideri — quest'obiezione è tutt'altro che decisiva. Il traente, l'emittente o il girante, che, nell'ipotesi prevista dall'art. 257 vietano il trasferimento della cambiale per mezzo di girata, colla clausola *non all'ordine*, si pongono in diretta opposizione con quello, che è il carattere naturale della cambiale, vale a dire la trasmissibilità mediante girata. La cambiale è un titolo eminentemente all'ordine (tanto che questa clausola non ha neanche bisogno di essere espressa): quindi, per quanto se ne proibisca il trasferimento, tale divieto non può produrre che effetti limitati, vale a dire quelli di parificare la girata, rispetto a chi appose la clausola, ad una semplice cessione civile. Ma — si noti bene — l'art. 257 completa il caso della girata vera e propria, cioè della girata fatta *prima della scadenza*, nel periodo in cui la cambiale è titolo eminentemente circolabile. Nel caso invece dell'art. 260 questo carattere di girabilità, in vista appunto del quale il legislatore concesse al possessore cambiario di agire esecutivamente, non esiste più: venuta la scadenza si esaurisce la straordinaria trasmissibilità del titolo: manca quindi la ragione di conservare ad esso il privilegio processuale. Le ipotesi adunque degli art. 257 e 260 sono tutt'altro che identiche: in quella del primo la cambiale è titolo per sua natura commerciabile; in quella del secondo, quanto ai modi di trasmissione, rientra nel novero delle comuni obbligazioni.

Il secondo argomento, che il Sacerdoti adduce, si desume da un confronto fra la disposizione dell'art. 260 cod. comm. ital. e l'art. 16 dell'Ordinanza di cambio tedesca, che — come è noto — il legislatore italiano tenne presente nella redazione del titolo che disciplina l'istituto cambiario. « Il capoverso dell'art. 16 della legge di cambio germanica — dice il Sacerdoti — negando l'effetto di girata al trasferimento della cambiale già scaduta e protestata, esprime quanto il nostro codice lasciò all'interpretazione giudiziale, dichiarando che « *il giratario ha soltanto* i diritti del suo girante in confronto dell'accettante, del traente e di coloro che hanno girato la cambiale fino al momento del levato protesto », il che importa che

l'azione cambiaria già posseduta dal girante in confronto dei sottoscrittori, possa esercitarsi eziandio dal giratario. Quando si pensi alla teoria cambiaria del nostro codice, modellata in gran parte, anche nei dettagli, sull'esempio germanico, si rimane tosto persuasi che il nostro legislatore non ha voluto far altro che esprimere con formula più breve il disposto surriferito della legge di cambio tedesca » (1).

Ma è appunto la perfetta corrispondenza fra i due testi legislativi che a noi sembra non si possa sicuramente affermare. Si legga infatti, nella sua integrità, l'art. 16 della legge di cambio germanica:

« Venendo girata una cambiale dopo il termine stabilito per levare il protesto in mancanza di pagamento, il giratario acquista verso il trattario i diritti nascenti dall'accettazione che fosse avvenuta ed i diritti di regresso verso coloro che hanno girata la cambiale dopo decorso il suddetto termine.

« Ma se la cambiale fu già protestata per mancanza di pagamento prima della girata, il giratario ha soltanto i diritti del suo girante in confronto dell'accettante, del traente, e coloro che hanno girato la cambiale fino al momento del levato protesto. Oltracciò il girante non è in tal caso obbligato in via cambiaria ».

Da tutto il complesso dell'articolo non è difficile scorgere come il concetto da cui è partito il legislatore tedesco fu quello di considerare come decisivo soltanto il fatto del protesto; non si tratta quindi già di *girata dopo la scadenza*, ma di *girata dopo il termine stabilito per levare il protesto:* questa è la girata tardiva per il legislatore germanico. Quindi la girata fatta dopo la scadenza, ma prima dello spirare del termine, è perfettamente valida, e produce la pienezza degli effetti cambiarii. Scaduto il termine, se il protesto non fu levato, il giratario ha l'azione cambiaria solo contro il trattario e contro i giranti posteriori alla scadenza: se fu levato, il giratario non ha l'azione cambiaria, ma può esercitare *soltanto* i

---

(1) SACERDOTI, op. cit., loc. cit.

diritti del suo girante contro *tutti* gli obbligati cambiarii, fino al momento del protesto: il girante non è obbligato in via cambiaria. Quindi la mancanza di regolare protesto produce l'effetto di rendere il girante tardivo come l'emittente di una nuova cambiale, e di distruggere l'efficacia cambiaria di questa, per tutto ciò che riguarda i rapporti anteriori, tranne che rispetto al trattario: di fronte a questi infatti il giratario tardivo è sempre un creditore cambiario, cioè un terzo possessore agente *iure proprio*. L'esistenza invece del protesto scioglie da ogni obbligo cambiario i giranti posteriori, e toglie al giratario tardivo la veste di terzo possessore.

Ma questo sistema avendo dato luogo ad una infinità di controversie, ed essendo infatti assai poco logico perchè prolunga — contro tutti i principii — la vita cambiaria del titolo, nel caso del non avvenuto protesto, il nostro legislatore, che nel progetto preliminare aveva dettato una disposizione analoga, ritornò in seguito su di essa, e concesse alla girata tardiva gli effetti di una semplice cessione. E per girata tardiva, giustamente, seguendo i principii che governano tutto l'istituto cambiario, intese la girata fatta dopo la scadenza. Questo è infatti il termine naturale della vita cambiaria del titolo, non già il termine del protesto, stabilito dalla legge, e che può benissimo mancare (come è per gli obbligati in via diretta) senza che venga per nulla menomato il carattere cambiario della obbligazione.

Come adunque può dirsi che *il legislatore non ha voluto far altro, all'art. 260 in questione, che esprimere con formula più breve il disposto della legge di cambio tedesca?*

Il legislatore tedesco ha considerato come termine oltre il quale la girata deve ritenersi tardiva quello stabilito per il protesto: il nostro legislatore invece ha avuto riguardo alla scadenza; la legge di cambio germanica prolunga in certi casi, la vita cambiaria del titolo anche dopo spirato questo termine: il nostro codice arresta sempre invece la trasmissibilità al momento della scadenza. Quindi, differenza profonda di concetto fondamentale, differenza profonda di effetti: tali l'una

e l'altra da far ritenere che il legislatore nostro, nel dettare la disposizione dell'art. 260 non abbia avuto per nulla di mira quella corrispondente della legge di cambio germanica.

11. — Un inconveniente di ordine pratico è opposto dal Clementi alla tesi da noi sostenuta. Egli fa l'ipotesi che la cambiale sia ceduta, dopo che il possessore alla scadenza, servendosene come titolo esecutivo, avesse proceduto alla pignorazione dei beni dei debitori. « Con la cessione — egli dice — si verrebbe a perdere il titolo esecutivo, e gli atti andrebbero in malora..... Perciò contro i debitori della cambiale si renderebbe necessaria la spesa di un giudizio normale, peggiorandosi la loro condizione, mentre uno degli scopi del legislatore, nel concedere l'esecuzione parata a questo titolo di credito speciale, fu quello di non aggravare di spese di giudizio obbligatorie i varî firmatarî. Si violerebbe anche il principio che *alienam conditionem deteriorem nos facere non possumus* » (1).

Tale ragionamento però, oltre ad affermare cosa che non risulta in nessun modo essere stata alla mente del legislatore, applica un principio che non ha nulla da vedere colla questione in esame. Ed invero, non ci sembra per nulla esatto dire che il beneficio degli effetti di titolo esecutivo fu concesso alla cambiale per risparmiare spese al debitore. Questi ha un mezzo molto semplice a sua disposizione per farlo: quello di pagare, alla scadenza, senza permettere che si debbano incominciare contro di lui gli atti esecutivi. È invece ad esclusivo vantaggio del creditore che tale privilegio processuale fu concesso. Il legislatore infatti ebbe in vista solo la facile esigibilità del credito, collo scopo di rendere il titolo adatto al suo ufficio di strumento degli scambi, ebbe in vista l'accrescimento del rigore cambiario, che si rendeva tanto più necessario quanto più l'obbligazione cambiaria diveniva un'obbligazione meramente formale. Se poi il debitore cambiario

(1) Clementi nella *Temi Romana*, 18[illegible]5, pag. 295.

non paga ascriva a sua colpa, *imputet sibi* le conseguenze del suo indugio, ma non può pretendere che altri non si valga di un suo diritto per non recargli danno. *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* (1).

Ancor meno serio è l'argomento che il Sorani desume dall'art. 1541 cod. civ. Ecco come egli ragiona: « Effetto principale della *cessione di credito*, secondo l'art. 1541 cod. civ., è quello di trasferire al cessionario, insieme al credito, tutti gli accessorii di questo e tutti i diritti ad esso inerenti, come le *cauzioni*, i *privilegi*, le *ipoteche*. Fra i diritti inerenti al credito cambiario, uno principalissimo consiste nell'*azione esecutiva*, che, appunto per essere un'azione speciale, rapida, vantaggiosa, costituisce il grande *privilegio* di questo contratto, e il carattere essenziale che lo differenzia da un contratto comune (2). E la parola privilegio adoperata dal codice civile non si deve intendere come *diritto di prelazione, di preferenza* tra più creditori — come s'intende a proposito del concorso nei giudizii esecutivi ordinarii e nei fallimenti — ma deve interpretarsi nel senso di una qualsiasi prerogativa speciale attribuita al titolo » (3).

Perchè nel caso dell'art. 1541 la parola *privilegio* debba interpretarsi in modo diverso che nelle altre disposizioni del codice, il Sorani non dice, e neppure ce lo dice la legge o la dottrina. Che invece, se apriamo il codice civile, all'art. 1952 noi troveremo la seguente definizione del *privilegio*: « Il privilegio è un *diritto di prelazione* che la legge accorda in riguardo alla causa del credito ». Anche noi, in questo studio, abbiamo più volte adoperato la parola *privilegio*, anche nel senso di prerogativa speciale, che il legislatore concesse al titolo cambiario. Ma se nell'uso comune è lecito servirsi delle parole nel modo che sembra più efficace per spiegare i con-

---

(1) L. 203, *de reg. iuris*, Dig. L 17.

(2) Seguendo la dottrina del SORANI adunque nella legislazione francese e in quella germanica, che non accordano alla cambiale gli effetti di titolo esecutivo, questa si deve ritenere *un contratto comune!*

(3) SORANI, *Della cambiale*, pag. 226.

cetti, quando si interpreta la legge non si può dare ad esse altro senso, che quello, in cui volle intenderle il legislatore. Ora è chiaro che la legge, all'art. 1541 parlando di privilegi, non ha potuto che riferirsi a quei privilegi, di cui spiega la natura all'art. 1952.

E neppure seria è l'altra obiezione che fa il Sorani circa il modo con cui, in pratica, sarebbe facile eludere l'interpretazione dell'art. 260, come l'intendiamo noi. Egli dice che, applicando alla cambiale già scaduta la girata *per procura* o *per incasso* (art. 259 cod. comm.), si potrebbe autorizzare il giratario ad esigerla, e quindi ad agire esecutivamente (1).

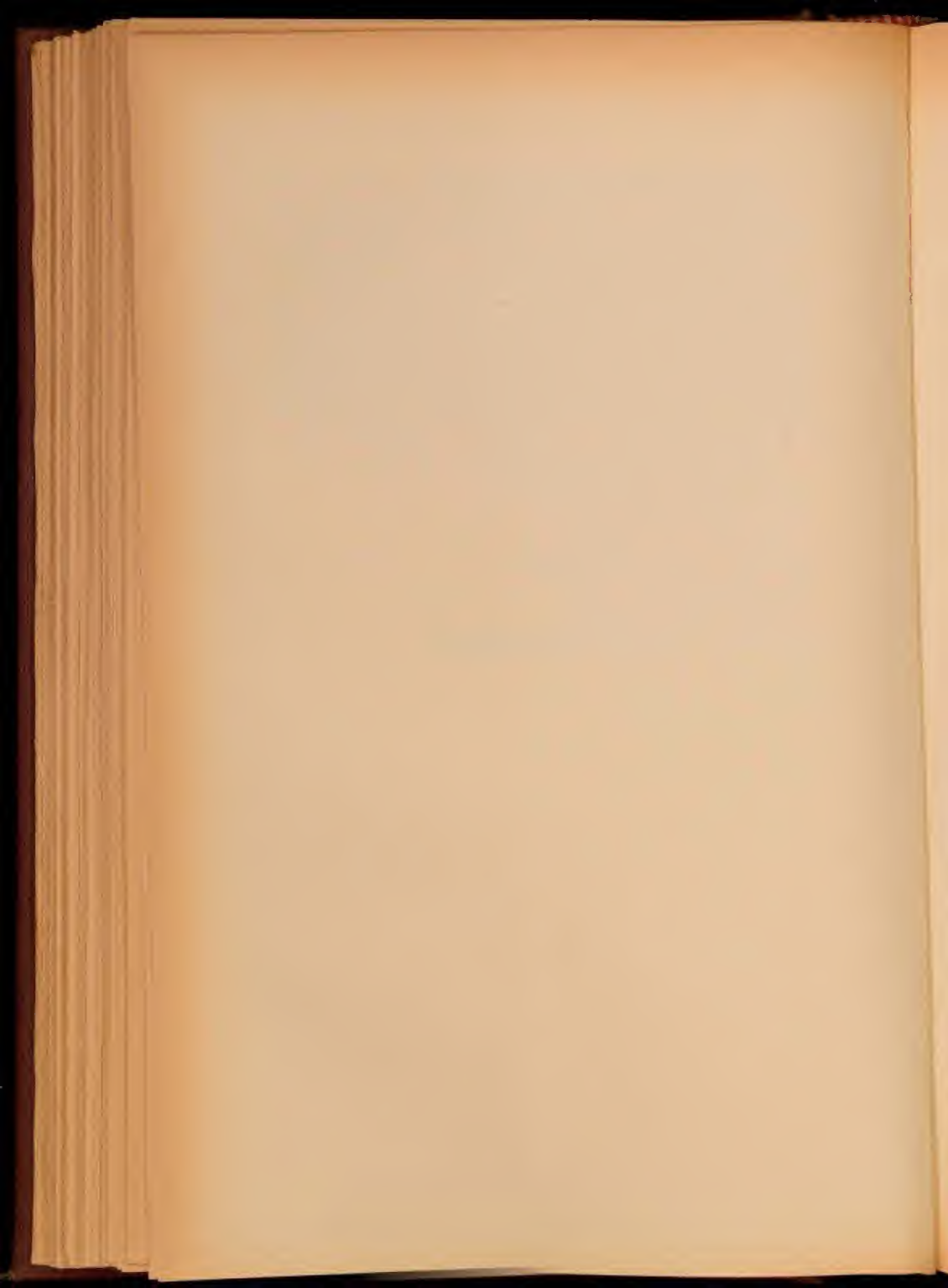
Ma noi non intendiamo davvero come potrebbe eludersi il disposto della legge. Se la girata è fatta *per procura,* il giratario, checchè si faccia, sarà sempre un semplice procuratore, e non acquisterà la proprietà del credito. Che se poi con altri mezzi potrà acquistare la proprietà della somma riscossa valendosi della cambiale come titolo esecutivo, ciò non ci riguarda, giacchè si esporrà sempre al rischio di vedersi ripetuta la somma dal vero creditore cambiario. Ad ogni modo non è per il timore di una simulazione che il legislatore deve ritrarsi dal dettare una norma, e l'interprete dall'applicarla, giacchè in questa materia vale sempre il principio: *plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur.*

12. — Con ciò crediamo di aver ribattuto se non tutte, almeno le più importanti obiezioni fatte alla nostra dottrina, e insieme di aver dimostrato come, venuto meno colla scadenza nella cambiale l'ufficio di titolo di credito circolante in commercio, debba venir meno eziandio il privilegio processuale concesso dalla legge appunto in vista di tale suo ufficio. È al creditore cambiario, al solo creditore cambiario, che spetta di servirsi della cambiale come titolo esecutivo, non già a colui che ha ricevuto la cambiale in forza di una semplice cessione civile. L'istituto cambiario ha una natura

(1) Sorani, op. cit., pag. 227 e 228.

talmente speciale, che in tutto esso assume delle forme particolari: in un modo particolare sorge l'obbligazione, in un modo particolare è trasmessa, in un modo particolare estinta. Per aversi quindi la pienezza degli effetti cambiari è necessario che si possegga il titolo in forza di un contratto cambiario. Quando la natura dell'istituto dimostra, e il legislatore conferma, che tale contratto non può più porsi in essere, è chiaro eziandio che dovranno venir meno quegli specialissimi effetti cambiarii che il legislatore determinò per riguardo a una funzione che il titolo non è più in grado di compiere.

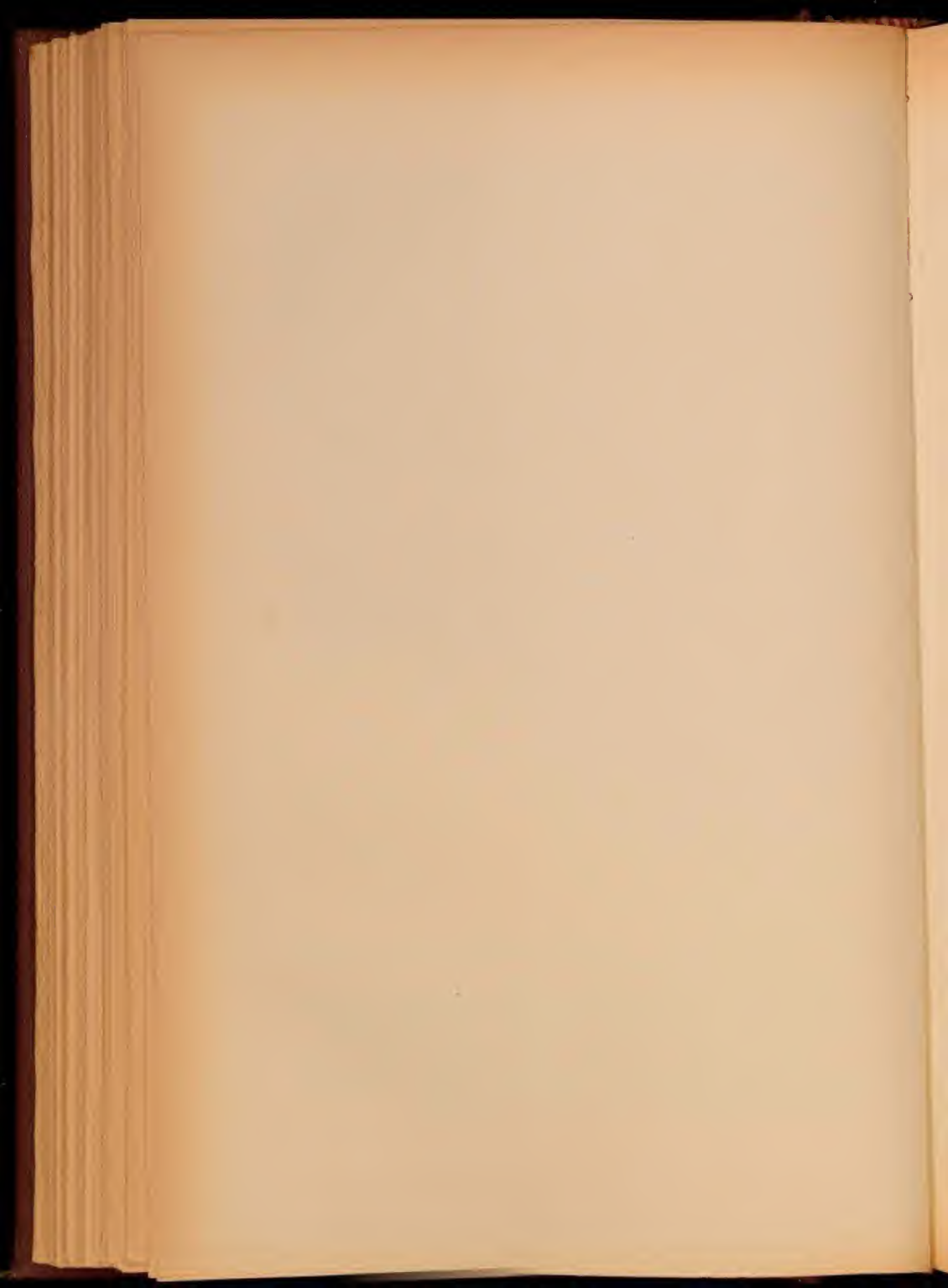
IV.

SUL FALLIMENTO

SULLE ESECUZIONI IMMOBILIARI DEI CREDITORI PRIVILEGIATI ED IPOTECARI DOPO LA DICHIARAZIONE DEL FALLIMENTO *

---

* Il *Foro Italiano*, 1901. Nota alla sentenza 23 aprile 1901 della Corte d'appello di Roma, la quale decise:

« Il creditore privilegiato o ipotecario, che iniziò esecuzione immobiliare contro il debitore prima della dichiarazione di fallimento, deve proseguirla contro il medesimo e non in confronto esclusivo del curatore del fallimento.

« Quindi la sentenza autorizzante la vendita, ottenuta in confronto esclusivo del curatore senza il contradditorio del debitore fallito, è per quest'ultimo *res inter alios*, contro la quale egli può insorgere dopo cessato il fallimento, opponendosi ai bandi a norma dell'art. 695 cod. proc. civile ».

Il principio della sospensione delle azioni individuali sui beni del fallito, dopo la dichiarazione del fallimento, non riguarda, a rigore di logica, che i soli creditori chirografarî. Questi soltanto sono dalla dichiarazione di fallimento raggruppati in una comunione (*massa*) nella quale i diritti di tutti debbono essere esercitati collettivamente e contemporaneamente (1) a mezzo del curatore (2). I crediti chirogra-

(1) Malgrado la formulazione infelice dell'art. 699_3 cod. comm., tutti gli autori sono concordi nel ritenere preclusa la via pei singoli creditori alle esecuzioni individuali dopo la dichiarazione di fallimento: v. BONELLI, *La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*, nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, VII (1889), pag. 191; e *Commentario al cod. di comm., Del fallimento*, Milano, 1900-1901, n. 297 e seg.; BOLAFFIO, *Commento al cod. di commercio*, Torino, 1887, pag. 149; LUCIANI, *Trattato del fallimento*, 2ª ediz., Roma, 1898, n. 307; VIDARI, *Corso di diritto comm.*, 4ª ed., VIII, Milano, 1897, numeri 7566 e 7567; LYON CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, VII, Paris, 1897, n. 251; THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 2ª ed., Paris, 1900, nn. 1882-1885; BOISTEL, *Cours de droit commercial*, Paris, 1890, n. 920. Espressamente in questo senso: legge belga, art. 453 e 454; *Konkursordnung* germanica (20 maggio 1898) § 14, sulla quale v. JAEGER, *Die Konkursordnung auf der Grundlage des neuen Reichsrechts*, Berlin, 1899-1901, pag. 113.

(2) Il principio che il curatore è il rappresentante esclusivo della massa per tutti i diritti spettanti alla massa è ammesso dalla gran maggioranza degli autori: v. BONELLI, *Personalità giur.*, pag. 188-191, e *Comm.*, n. 256; LYON CAEN et RENAULT, nn. 251 e 475; THALLER, *Traité élém.*, n. 1873; VIDARI, nn. 7542 e 7686; BOISTEL, n. 967; TARTUFARI, *La rappresentanza nella conclusione dei contratti*, Torino, 1892, n. 88; KOHLER, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart, 1891, pag. 401 e seg.; WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1885, pag. 589; POLLAK, *Concursrecht*, Wien, 1897, pag. 231. Di diversa opinione il LUCIANI, n. 302.

fari soltanto hanno bisogno di una tutela collettiva, la quale ne assicuri il soddisfacimento proporzionale sulle basi della più perfetta uguaglianza. I crediti difesi da una garanzia reale invece non hanno bisogno di quella tutela che la loro stessa natura, al contrario, esclude necessariamente. *Uguaglianza e privilegio sono due termini essenzialmente contraddittori.* I creditori privilegiati od ipotecarî, *come tali*, in quanto cioè i loro crediti sono coperti dalla garanzia reale, *non fanno parte della massa*, non sono rappresentati dal curatore, nè, *di regola*, è loro vietato l'esercizio delle azioni individuali sui beni gravati dalla garanzia reale. Dico *di regola*, perchè il nostro codice di commercio, con una disposizione singolare, contradetta da tutte le legislazioni straniere (1), vieta anche ai creditori, che hanno sugli immobili del fallito privilegio o ipoteca, di procedere alla espropriazione forzata dopo la dichiarazione di fallimento, e sostituisce alle singole procedure di espropriazione una procedura di vendita unica e più spedita, fatta dal curatore colle norme stabilite per la vendita dei beni dei minori (art. 800).

Questa procedura unica e speciale vale soltanto per le azioni esecutive sugli immobili che si volessero far valere dopo *la sentenza dichiarativa*: per quelle *anteriori* vale la regola generale della libertà di esecuzione pei creditori privilegiati ed ipotecarî. Stabilisce pertanto l'art. 801: « Se l'espropriazione era incominciata prima della sentenza che dichiara il fallimento da un creditore avente privilegio o ipoteca sugli immobili espropriati, il curatore, allo scopo che il procedimento venga compiuto senza alcun ritardo, deve intervenirvi

---

(1) *Code de commerce*, art. 571, 548, 450: v. THALLER, *Traité élém.*, n. 2000; LYON CAEN et RENAULT, VII, n. 253; *Konkursordnung* germ., arg. § 4 e 14; sui quali v. KOHLER. *Lehrb.*, pag. 534; SEUFFERT, *Deutsches Konkursprozessrecht*, Leipzig, 1899, pag. 102; JAEGER, *Die Konkursordnung*, pag. 57, annot. 9 e pag 115 annot. 9; *Concursordnung* austriaca § 137: v. POLLAK, *Concursrecht*, pag. 278 sub III e 264 sub V. La disposizione del nostro art. 800 è censurata vivamente dal THALLER, *Des faillites en droit comparé*, Paris, 1887, II, pag. 54, che la chiama « illogique et dure à la fois ».

o chiedere di essere surrogato al creditore istante nei casi preveduti dalla legge ».

Lo scopo di questa disposizione è evidente. La legge non ha creduto di poter toccare i diritti quesiti dei creditori privilegiati ed ipotecarî, che avevano cominciato l'esecuzione prima della sentenza dichiarativa: si è invece preoccupata, qui, come nell'art. 800, del pericolo di una soverchia lunghezza nei procedimenti esecutivi. Ma invece di ricorrere allo spediente forse troppo radicale dell'art. 800, si limita a prescrivere al curatore « di intervenire nel procedimento » o di « chiedere di essere surrogato al creditore instante nei casi preveduti dalla legge ».

Ora appunto questa allusione della legge ad un « intervento » del curatore nelle procedure di espropriazione incominciate, ha fatto nascere una questione, che non sarebbe stata altrimenti neppur proponibile. Si è detto: dal momento che la legge parla di « *intervento* » del curatore nel procedimento, ciò significa che questo ha luogo tra altre persone; dunque non contro il curatore deve il creditore continuare la procedura di espropriazione, come farebbe credere l'art. 699_3 cod. comm., ma contro il fallito. E perciò tutti gli atti esecutivi fatti col contraddittorio del solo curatore sono nulli e debbono essere rinnovati in confronto del fallito. A questa conclusione appunto è pervenuta la Corte d'appello di Roma nella sentenza che annotiamo. Anche l'egregio Bonelli, nel suo prezioso *Commentario* sul libro III del codice di commercio, giunge all'identico risultato con un ragionamento sostanzialmente identico. « I creditori *ipotecarî* possono *proseguire* le esecuzioni che avessero incominciato. Ma proseguirle contro chi? L'art. 801 dice che il curatore deve *intervenire* nel giudizio allo scopo di evitar ritardi contrarî all'interesse della massa, e può farsi surrogare: se interviene, se può divenire esecutante, vuol dire che non è parte in causa: dunque il giudizio non è proseguito *contro di lui*, ma bensì *contro il fallito* ». Ed aggiunge in nota: « Ciò è come dire che i beni su cui si sta svolgendo quell'espropria non sono compresi nel-

lo spossessamento fallimentare. E solo il residuo attivo del ricavo, pervenendo al debitore durante il fallimento, passa *ipso jure* alla massa» (1).

Abbiamo detto che senza la formulazione forse non molto felice dell'art. 801 la questione non sarebbe stata neppur proponibile. Aggiungiamo ora che, malgrado quella formulazione, essa si deve risolvere nel senso che *il procedimento di espropriazione deve essere proseguito contro il curatore* (2).

La regola generale è che dalla data della sentenza dichiarativa il fallito viene spossessato di tutti i suoi beni, niuno escluso, salvo i beni *strettamente personali* o *inseparabili*, per loro natura o per disposizione di legge (assegni alimentari, stipendî, pensioni) (3). Ciò significa che *non vi possono essere beni suscettibili di esecuzione forzata che sfuggano allo spossessamento e sui quali la massa debba agire esecutivamente all'infuori delle forme della procedura di fallimento* (4). Ora, se si interpreta l'art. 801 nel senso che il creditore espropriante deve continuare l'espropriazione *contro il fallito*, che al curatore è fatto obbligo di *intervenire* nel procedimento *contro il fallito*, e che, infine, in certi casi, egli deve surrogarsi al creditore instante, divenendo egli, in nome della massa, *espropriante contro il fallito ;* si giunge al risultato *di creare, accanto alla procedura di fallimento, un'altra procedura di esecu-*

---

(1) Bonelli, *Commentario*, Milano, 1900-1901, n. 302.

(2) Questa soluzione, contro la quale si sono pronunciati la Corte di Roma, nella sentenza che annotiamo, Bonelli, n. 302, e Ruta, in una dotta memoria forense, riprodotta come *nota* nel *Diritto comm.*, 1901, 549, è accolta invece, ma senza che ne siano dette le ragioni, da Parisi, *Vendita degli immobili del fallito*, Napoli, 1897, n. 71 ; da Cuzzeri, *Commento*, n. 627, e implicitamente dalla Corte d'appello di Genova 27 luglio 1886 (*Foro it.*, Rep. 1886, voce *Fallimento*, n. 65); dalla Cassazione di Torino 26 luglio-2 settembre 1887 (*id.*, Rep. 1887, voce predetta, n. 10) ; dalla Corte d'appello di Torino, 4 luglio 1896, *Foro*, 1896, I, 1186 ; e dalla Cassazione di Torino, 13 maggio 1897, *Foro*, 1897, I, 640.

(3) Bonelli, *Commentario*, n. 217 e seg. ; Thaller, *Traité élém.*, n. 1872 e seg. ; Lyon Caen et Renault, *Traité*, n. 240.

(4) Questo concetto è così affermato dal Kohler, *Lehrb.*, p. 283 : « Contro il debitore non v'è bisogno di alcuna azione giudiziale, perchè contro di lui il diritto di pegno dei creditori si spiega in via esecutiva ».

zione pei creditori componenti la massa. Ciò non è ammissibile, perchè contradice alla natura stessa della procedura concorsuale (1). Si oppone che così ha voluto la legge: ed il Bonelli, alla cui mente rigorosamente logica quella conseguenza non poteva sfuggire, preferisce affermarla senz'altro: « Ciò è come dire che i beni, su cui si sta svolgendo quell'espropria, non sono soggetti allo spossessamento fallimentare ». Ma la conseguenza illogica a cui si giunge con una interpretazione troppo letterale della legge deve far riflettere l'interprete. La regola generale, perfettamente conforme al principio della universalità dello spossessamento, è data dall'art. 699_3 il quale stabilisce: « Dal giorno della dichiarazione del fallimento, nessuna azione contro il fallito riguardante i suoi beni mobili ed immobili, e nessun atto esecutivo sui beni stessi può promuoversi o proseguirsi, se non contro il curatore ». Ora, per quanto mal formulato sia l'art. 699_3, per quanto esso dica più di ciò che il legislatore volle dire (da esso parrebbe che fossero ammesse, di regola, esecuzioni individuali durante il fallimento, mentre ciò è contradetto dagli art. 800 e 815_2) ciò non toglie che, finchè la regola dell'art. 699_3 è scritta nella legge, bisogna applicarla fin dove è applicabile e che perciò: *ogniqualvolta sono ammesse azioni individuali sui beni del fallito, queste debbono essere dirette contro il curatore.* Or dunque prima di dedurre da una incidentale disposizione legislativa una eccezione così importante ad un principio fondamentale del sistema, bisogna ricercare accuratamente se la legge *ha voluto* quella eccezione. Ed a noi pare che nel caso dell'articolo 801 la legge non abbia, neppure implicitamente, voluto

---

(1) In Francia infatti, dove vige il principio del libero esercizio delle azioni esecutive riguardo ai creditori ipotecari e privilegiati, nessuno dubita che l'azione debba rivolgersi contro il curatore: v. Bravard-Veyrières et Demangeat, *Traité des faillites et banqueroutes* (extrait du *Cours professé à la Faculté de Paris*), Paris, 1864, I (V° del Corso), pag. 136; Thaller, *Traité élémentaire*, 2ª ed., n. 2000; Boistel, n. 921; Pardessus, *Cours de droit commercial*, Paris, 1843, III, n. 1175; Bedarride, *Traité des faillites et banqueroutes*, Paris-Aix, 1882, I, n. 87.

una deroga così grave al principio dell'universalità dello spossessamento e del giudizio di fallimento (1): e che le frasi ambigue, di cui essa si serve, si prestino ad una interpretazione più conforme allo spirito e alla logica del sistema (2).

Quello che ha voluto la legge, nell'art. 801, è detto nell'articolo stesso: ottenere « che il procedimento venga compiuto senza alcun ritardo ». Ed appunto a questo scopo ha fatto obbligo al curatore: o *di intervenire nel giudizio*, oppure *di farsi surrogare al creditore instante.*

Deve esservi evidentemente una differenza tra il caso in

---

(1) Non immagino neanche mi si possa opporre, assumendo in un significato affatto improprio l'espressione « spossessamento », che i beni sottoposti alle esecuzioni immobiliari non possono esservi soggetti, perchè già colla trascrizione del precetto il debitore non ne ha più il possesso che come sequestratario giudiziale (art. 2085 cod. civ.). L'argomentazione sarebbe del tutto fallace, perchè lo spossessamento dell'art. 699 non riguarda già solo i beni *corporali*, ma anche gli *incorporali*, non solo le *cose*, ma anche i *diritti*. Per effetto dello spossessamento tutti i diritti patrimoniali spettanti al fallito sono esercitati dalla massa, per mezzo del curatore, *non esclusi quelli qualunque essi siano, che gli possano spettare come proprietario di immobili soggetti ad espropriazione, dopo la trascrizione del precetto.* Il principio generale è sempre questo: che non vi possono essere diritti, di qualunque natura, facienti parte del patrimonio del debitore, (salvo quelli espressamente eccettuati dalla legge), che possano essere esercitati dal fallito. Donde la regola dell'art. 699_3 che il fallito non può essere legittimo contraddittore in nessun giudizio riguardante i suoi beni mobili od immobili.

(2) La *Konkursordnung* germanica, che pure esclude dalla massa i creditori *separatisti* (privilegiati e ipotecarî) e li lascia liberi di iniziare o continuare le esecuzioni individuali, (v. KOHLER, *Lehrb.*, pag. 534), dichiara espressamente che anche i beni soggetti a privilegio « appartengono alla massa » (v. § 127), facendo chiaramente intendere che lo spossessamento (§ 117) comprende anche i beni gravati da privilegio o ipoteca. Anche la *Konkursordnung* dà facoltà all'amministratore del fallimento di vendere i beni del fallito o colle forme delle vendite forzate, o, se ne ha avuto autorizzazione dall'assemblea dei creditori, senza alcuna formalità (§§ 126, 127, 134). Ma anche quando segue le forme più complicate della vendita forzata, egli non agisce *contro* il fallito, ma in *rappresentanza* del fallito (JAEGER, *Konkursordn.*, pag. 508, ann. 2 e 11). Ed il fallito egli rappresenta anche quando la vendita è fatta ad istanza dei creditori *separatisti:* v. JAEGER, pag. 509, nota 6: « Quando l'amministratore del concorso non subentra [nella vendita], egli funge soltanto da rappresentante dell'*exequendus* ».

cui il curatore è tenuto al solo intervento e il caso in cui è tenuto invece a farsi surrogare. La differenza è chiara: basta l'intervento, quando il creditore instante *non è negligente*, e prosegue regolarmente gli atti di esecuzione: occorre la surrogazione, quando il creditore *è negligente*, cioè non adempie una formalità od un atto di procedura nei termini stabiliti (art. 575 cod. proc. civ.) (1). Questa osservazione assai semplice ci spiana la via ad intendere rettamente che cosa abbia voluto la legge ordinando al curatore di «intervenire». Se scopo dell'intervento è ottenere che «il procedimento venga compiuto senza alcun ritardo», perchè dovrebbe il curatore intervenire quando il creditore instante prosegue diligentemente gli atti di esecuzione? Che scopo, che ragion d'essere avrebbe questo intervento? (2). *Come può il curatore, quando il creditore è diligente nel proseguire gli atti, impedire un ritardo col suo intervento?* In un modo soltanto si può dare a queste domande una risposta soddisfacente. Secondo l'art. 569 cod. proc. civ., nel caso di morte del debitore — ed alla morte si deve parificare ogni cambiamento di stato e quindi anche il fallimento (3) — l'esecuzione immobiliare cominciata colla notificazione del precetto può proseguirsi contro gli aventi causa (l'art. 569 parla degli eredi) *senza che debba sospendersi o riassumersi*. Ciò significa che il creditore espropriante può continuare l'espropriazione senza che il curatore debba essere citato per la continuazione della procedura. *Da questa condi-*

---

(1) In questo senso v. VIDARI, *Corso*, VIII (4ª ed.) n. 8143; CALAMANDREI, II, n. 527; PARISI, *Vendita degli immobili del fallito*, Napoli, 1897, n. 68.

(2) Il PARISI, n. 68, seguendo il MASÈ-DARI, n. 383, dice che il curatore deve intervenire anche «per sorvegliare l'andamento di quella procedura allo scopo che gli interessi degli altri creditori del fallimento non vengano illegalmente lesi dall'azione del creditore ipotecario, che per suo conto intraprese l'espropriazione». Ma, a parte che l'intervento obbligatorio sarebbe giustificato nel giudizio di graduazione, non nell'espropriazione propriamente detta, dove il creditore instante agisce sempre nell'interesse di tutti i creditori e non ha modo di ledere gli interessi di nessuno, la legge dice *esplicitamente* che l'intervento *ha per iscopo di evitare il ritardo della procedura.*

(3) MORTARA, *Manuale di procedura civile*, 2ª ediz., Torino, 1897, II, n. 717.

zione di cose possono derivare ritardi nel procedimento, non provenienti da negligenza del creditore instante, ma dal fatto che il curatore, *legalmente* parte in causa, non vi sia *effettivamente* intervenuto. Può darsi anche che il creditore, ignorando la dichiarazione di fallimento, ometta di notificare al curatore qualche atto che andrebbe a lui notificato. In ambedue questi casi, quando il curatore attendesse le notificazioni del creditore, e sollevasse solo allora le eccezioni che credesse opportune, ne potrebbe nascere indubbiamente un ritardo nella procedura. Così, ad esempio, se il curatore tralasciasse di opporsi al precetto e attendesse poi la citazione per la vendita per opporsi alla esecuzione. Per impedire questi ritardi, la legge stabilisce una norma tutta di ordine interno del fallimento: prescrive al *curatore* di farsi parte diligente, *di sostituirsi immediatamente al fallito nella procedura di espropriazione*, *di intervenirvi lui, senza attendere che la notificazione di un atto lo chiami ad esporre le sue difese*. Si obbietta che l'*intervento* presuppone una causa *vertente fra altri*. Ciò è vero nell'*intervento in causa di un terzo* (art. 201 e 699 cod. proc. civ.). Ma i creditori nella procedura di espropriazione immobiliare non sono mai terzi, perchè rappresentati virtualmente dal creditore instante (art. 661 cod. proc. civ.). Essi non hanno bisogno d'*intervenire*, ma possono proporre direttamente le *singole istanze* che credono opportune nel loro interesse (art. 664, 689, 695 cod. proc. civ.). *L'art. 801 dunque non può parlare d'intervento in causa in senso proprio o tecnico*: ma allude soltanto ad un *intervento di fatto, all'assunzione della difesa contro l'espropriante in luogo del fallito*. In questo senso non è inesatto parlare d'*intervento*, perchè nel procedimento *già iniziato* tra fallito e creditore *interviene*, subentrando al fallito, il curatore. Argomentare, come si fa dai nostri contraddittori, dalla sola parola «intervento» è pericoloso, perchè di *intervento* si parla non solo in senso *tecnico*, ma anche in senso *volgare*, e qui la condizione del preteso interveniente *esclude la possibilità di un intervento in senso tecnico*.

La *surrogazione al creditore instante* deve essere invece do-

mandata dal curatore quando il creditore è *negligente* nel procedere agli atti di esecuzione. Ciò non è detto dall'art. 801, ma risulta dall'art. 575 cod. proc. civ., a cui l'art. 801 si richiama espressamente, stabilendo che la surrogazione deve essere chiesta «nei casi preveduti dalla legge». Ma che il curatore sia surrogato al creditore instante, non significa che il curatore debba proseguire l'espropriazione *contro il fallito*. Il concetto della legge è stato, invece, questo. Il diritto quesito del creditore ipotecario o privilegiato all'azione esecutiva individuale deve essere rispettato finchè egli mostri di volersene valere seriamente, proseguendo con diligenza gli atti di esecuzione. Ma quando *trascuri* di continuare l'esecuzione, non c'è alcuna ragione perchè gli si debba conservare un diritto di cui egli non usa. D'altro canto, il suo contraddittore nel procedimento non è un contraddittore ordinario, come il debitore, che ha interesse al ritardo del procedimento, per essere spogliato dei suoi beni al più tardi possibile. Il curatore è un contraddittore *sui generis*, perchè rappresenta la massa, che ha anch'essa un diritto sull'immobile benchè subordinato al soddisfacimento dei creditori privilegiati od ipotecarî e perciò dipendente dall'esito del procedimento di espropriazione e del giudizio di graduazione. È giusto dunque che quella *surroga* che il codice di procedura civile concede agli altri creditori iscritti, sia qui data al curatore, perchè possa egli procedere alla vendita dell'immobile. Questa vendita non avverrà nelle forme del procedimento contenzioso, in contraddittorio col fallito, ma nelle forme sommarie della procedura di fallimento, vale a dire, colle formalità stabilite per la vendita dei beni dei minori (art. 800 cod. comm.) (1). Partendo dal concetto che si tratti di una vera *decadenza* dal diritto di continuare l'espropriazione, comminata dalla legge contro il

---

(1) Notisi che, sebbene fatto con formalità più semplici, anche il procedimento per questa vendita è un vero procedimento di espropriazione forzata: v. BOLAFFIO, nel *Dir. comm.*, 1884, 795; BONELLI, *La pers. giuridica*, pag. 211; CUZZERI, n. 621; PARISI, *Vendita degli immobili*, n. 25 e seg.

creditore negligente, cioè contro il creditore che trascuri di fare entro i termini stabiliti gli atti di procedura occorrenti per l'espropriazione, tutto si spiega facilmente. Venuta meno l'esecuzione dell'art. 801, si rientra nella regola dell'art. 800, e il curatore surrogato al creditore instante promuove la vendita, non più colle forme solenni della procedura di espropriazione, ma colle forme spiccie stabilite per la vendita degli immobili del fallito (1). La *surrogazione* dell'art. 801 non è dunque, in tutto, la surrogazione dell'art. 575 cod. proc. civile. La legge non richiama tutto l'art. 575, ma dichiara soltanto necessari per questa surroga gli estremi voluti dalla legge processuale per la *surroga* ordinaria. Si tratta dunque di una surroga *sui generis* propria della procedura di fallimento, e pienamente rispondente al sistema organizzato dalla legge per la vendita degli immobili del fallito.

Questa interpretazione dell'art. 801, che non intacca i principî fondamentali dell'istituto del fallimento, come fa invece l'interpretazione accolta dalla Corte di Roma, ha anche il pregio di conseguire nel modo migliore lo scopo voluto dalla legge di rendere più rapida e meno costosa la procedura di fallimento.

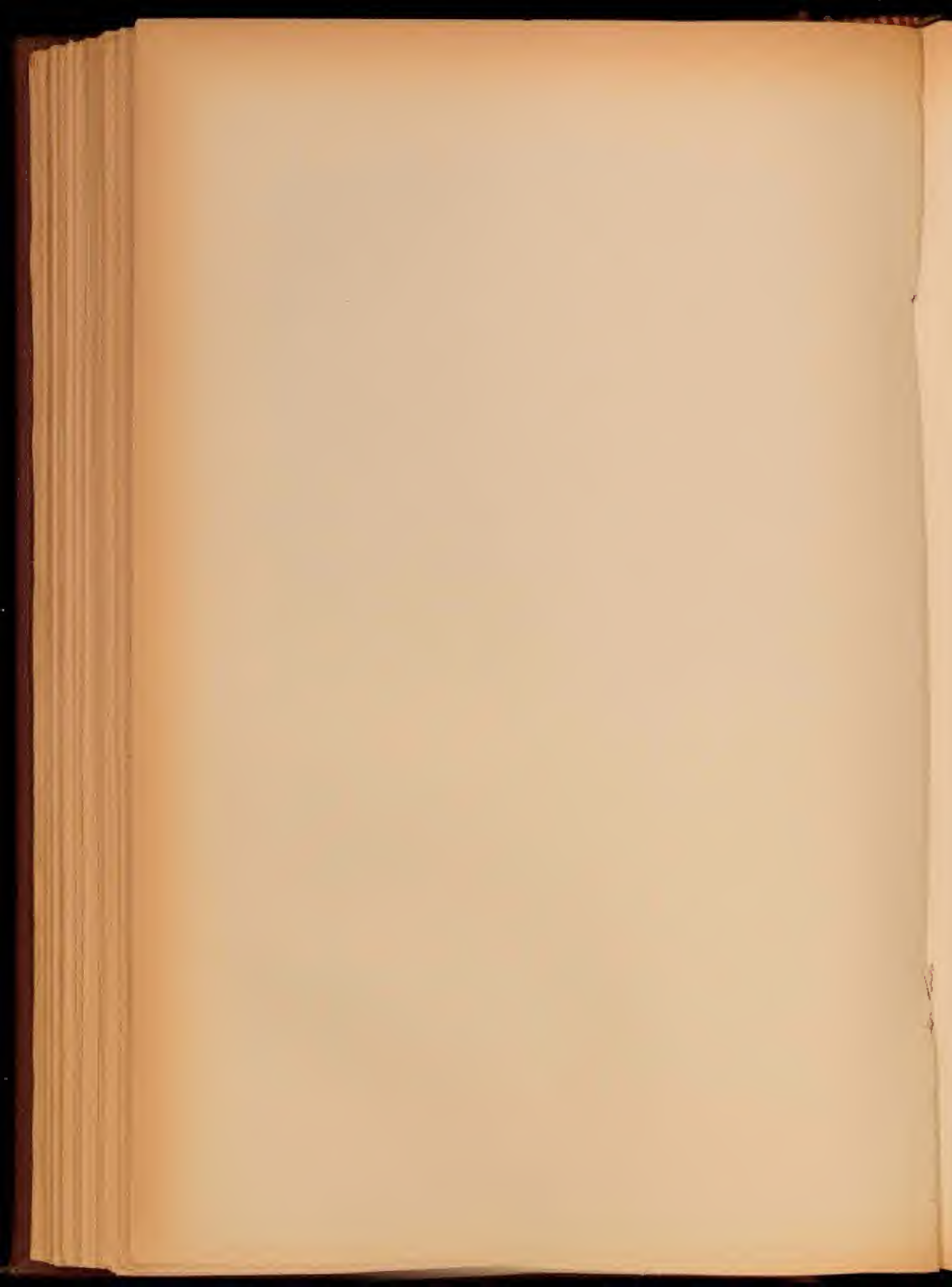
---

(1) Questa stessa soluzione è stata accolta dall'App. Genova 5 novembre 1886 (*Eco di giurispr. commerciale*, 1886, 343) in un caso analogo. Per l'art. 801_2, quando oltre agli immobili soggetti all'esecuzione ve ne siano altri di ragione del fallito nella giurisdizione del tribunale medesimo, può il curatore far estendere la procedura a tutti gli immobili del fallito esistenti nella giurisdizione del tribunale (art. 801_2 cod. comm. e 661_2 cod. proc. civ.). Se nascono contestazioni, decide il tribunale chi debba procedere all'esecuzione (art. 661_2 cod. proc. civ.). Ora la Corte d'appello di Genova stabilì appunto che, se il creditore espropriante si rifiuta di proseguire l'espropriazione di tutti i beni, deve essere prescelto a farlo il curatore, *il quale procederà nelle forme prescritte per la vendita dei beni dei minori*. Il caso è analogo, perchè anche qui il creditore, per fatto suo, perde il diritto di proseguire l'espropriazione: per cui si ritorna alla regola dell'art. 800.

SULLA NATURA DEL PRIVILEGIO DEL VENDITORE DI MACCHINE NEL GIUDIZIO DI FALLIMENTO *

---

* *Rivista di diritto commerciale*, 1906. Nota alla sentenza 3 marzo 1906 della Corte di Cassazione di Torino, la quale decise:

« Il venditore di una macchina d'importante valore non ha diritto, per conseguirne il prezzo, di perseguirla ovunque e presso chiunque si trovi coll'esercizio dell'azione che gli deriva dal privilegio acquistato a norma dell'art. 773, n. 3, cod. comm., il privilegio stesso essendo operativo solo nel caso di fallimento ».

La pregevole sentenza della Corte di Cassazione torinese risolve bene una importante questione circa il privilegio del venditore di macchine, consacrato dall'art. 773, n. 3, cod. comm.: se cioè il privilegio sia condizionato all'esistenza della macchina venduta nel patrimonio del fallito, o se invece il privilegio rimanga in vita, anche quando la macchina sia entrata nel patrimonio di un terzo, colla conseguenza che il venditore abbia in questo caso diritto di perseguire la cosa dovunque si trovi e presso chiunque la possegga.

La questione, che in giurisprudenza ha scarsi precedenti (si può vedere su di essa una decisione della Corte d'appello di Torino, 6 aprile 1894, *Giurispr. tor.*, 1894, 706, in senso contrario a quello della sentenza annotata) è, invece, dalla dottrina assai discussa. Per il diritto del venditore di perseguire ovunque la macchina oggetto di privilegio si sono pronunciati: Vidari, *Corso di dir. comm.*, 4ª ed., VIII, n. 7993 (« trascritto così il contratto, la trascrizione ne fa risalire gli effetti verso i terzi, e quindi *anche* verso i creditori del fallito, al giorno della consegna »); Pagani, nel *Dir. comm.*, 1884, 644; Amar, *Del privilegio del venditore di macchine*, nella *Giurispr. italiana*, 1896, IV, pagg. 324, 325; Ramella, *Trattato del fallimento*, Milano, 1903-1904, I, pag. 116. Per la opinione opposta v. invece: Cattaneo, nel *Monitore dei trib.*, 1885, 1138; Cuzzeri, *Commento*, n. 505, e soprattutto la vigorosa e convincente trattazione del Bonelli, *Fallimento*, pag. 338 e segg.

La Cassazione di Torino si basa, sostanzialmente, su due argomenti.

Il primo, che costituisce la premessa del suo ragionamento, consiste in ciò, che il privilegio dell'art. 773, n. 3, presupponendo il *fallimento* del compratore della macchina ed essendo operativo solo nel *giudizio di fallimento*, non può farsi valere che in confronto del *compratore fallito*, e nel *processo di fallimento*, non in confronto di un *terzo non fallito*, e all'*infuori* del giudizio di fallimento.

La deduzione è, certo, rigorosamente logica: solo, essa parte da una premessa tutt'altro che sicura e incontestata: anzi, essa stessa posta in dubbio. Infatti, a tacere di altri, specialmente l'Amar, nello scritto citato, si occupa lungamente di dimostrare che il privilegio del venditore di macchine opera anche all'infuori del fallimento; e a favore di questa tesi si può citare anche una sentenza della Corte d'appello di Trani, del 22 ottobre 1888, *Rivista di Trani*, 1888, 830. E, in verità, se, per un momento, si ammette l'esistenza di un *diritto di seguito* del venditore anche di fronte al terzo acquirente della macchina, la regola, secondo cui il privilegio non ha luogo che di fronte al compratore fallito e si esplica nel solo giudizio di fallimento, rimane — come vedremo più oltre — assai scossa. É dunque poco sicuro assumere come ragione del decidere una premessa per sè medesima bisognosa di dimostrazione.

Assai più sicuro è invece l'altro argomento, a cui accenna molto bene la Cassazione torinese, che il principio scritto nell'art. 707 cod. civ., per cui, rispetto ai mobili ed ai titoli al portatore, il processo produce, di fronte ai terzi di buona fede, gli effetti stessi del titolo, taglia la via ad ogni possibile azione del venditore della macchina che voglia far valere il suo privilegio di fronte al terzo acquirente di buona fede. Questi infatti ha acquistato la *proprietà* della macchina, ed una proprietà piena e libera da ogni peso; egli ha dunque diritto di respingere le pretese di chiunque pretenda di soddisfarsi sulla cosa sua di un credito che vanti contro un terzo.

Ma, sufficiente per la decisione del caso pratico, questa

argomentazione non serve per la costruzione dell'istituto. Essa conduce di necessità a negare bensì il diritto di seguito nei confronti del terzo acquirente di buona fede, cioè dell'acquirente, il quale ignora che il prezzo della macchina non era stato ancora completamente pagato dal suo dante causa, ma ad ammetterlo invece, in confronto del terzo, il quale conosce che il suo venditore era ancora, in tutto o in parte, debitore del prezzo della macchina cedutagli.

Ora questa soluzione non soddisfa, nè teoricamente, nè praticamente.

Non soddisfa praticamente, perchè rende responsabile del pagamento del prezzo da parte del primo compratore il terzo acquirente della macchina, il quale è esposto così a pagarlo due volte; ora ciò, in pratica, equivarrebbe più di una volta ad un *divieto di alienazione* delle macchine non completamente pagate, divieto che sorpasserebbe gli scopi della legge; la quale ha voluto bensì difendere il venditore nella *crisi* del compratore, ma, fino a che il compratore è *in bonis*, non ha inteso affatto di porre limiti al suo diritto di godere e disporre della cosa sua.

Dal punto di vista teorico poi questo *diritto di seguito* che si riconoscerebbe pur sempre al venditore, per quanto in limiti alquanto ristretti, contraddice al concetto stesso del *privilegio* e a tutto il sistema del diritto nostro in materia di privilegi.

Il privilegio — dice l'art. 1952 cod. civ. — è un diritto di prelazione che la legge accorda in riguardo alla causa di credito.

La dottrina può dirsi concorde nel negare al privilegio la qualità di un diritto reale. Se in Francia questa soluzione può essere contestata di fronte agli art. 2106 e 2166, *code civil*, i quali concedono un *diritto di seguito* ai creditori privilegiati sugli immobili, che abbiano fatto trascrivere il loro privilegio (cfr. Baudry Lacantinerie et Loynes, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques*, 3ª ed. Paris, 1906, I, n. 302), in Italia la questione non può essere dubbia: il codice civile, non riconnettendo al privilegio che un semplice diritto di preferenza, da farsi

valere nel concorso di più creditori sulla cosa su cui cade il privilegio (art. 1952, cod. civ.), non si può parlare di un diritto di seguito inerente al privilegio *come tale*, e quindi il privilegio può dirsi un *diritto reale* sulla cosa vincolata al pagamento del credito privilegiato. Non si tratta più di un ostacolo che il diritto reale incontri nel suo esercizio, in virtù del principio: in fatto di mobili possesso vale titolo; si tratta di un principio generale, valevole così per i mobili come per gli immobili: il privilegio può farsi valere solo fino a tanto che la cosa è nel patrimonio del debitore, e durante il giudizio di esecuzione (Contro la natura di diritto reale del privilegio v. anche per il diritto francese, Zachariae-Crome, *Handbuch des französischen Civilrechts*, II, § 226, pag. 4; Planiol, *Droit civil*, II, n. 2548, e per il diritto italiano: Chironi, *Istituzioni*, I, § 207, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, Torino, 1894-1901, I, n. 77: quest'ultimo scrittore negando l'esistenza di un diritto reale sulla cosa, ammette solo l'esistenza di un diritto reale sul *valore* della cosa; ma il valore della cosa non essendo che il *prezzo* che se ne può ricavare nella vendita giudiziaria, è chiaro che tutto si riduce a un diritto al *prezzo*, che *qualitativamente* non differisce dal diritto di ogni altro creditore). Per me, non che un *diritto reale*, il privilegio non è addirittura un *diritto*, distinto dal credito; a differenza dei diritti reali di garanzia (pegno, ipoteca), che sono diritti accessori, ma distinti dal credito, il privilegio non è che *un modo di essere*, una *qualità* del credito, e, precisamente, una qualità che si riferisce al momento della coercibilità dell'obbligazione. L'obbligazione, nel diritto moderno, non crea un vincolo sulla *persona* del debitore, ma solo sul suo *patrimonio*: è il principio, più o meno esattamente formulato nell'art. 1948, cod. civ. Ora, normalmente, l'elemento della coercibilità nell'obbligazione si esplica in modo usuale per tutte le obbligazioni gravanti il patrimonio (art. 1949): eccezionalmente, questo elemento si esplica per una obbligazione *più intensamente* che per le altre: in tal caso il credito è *preferito* agli altri nella realizzazione forzata sul patrimonio del debi-

tore: e dicesi *privilegiato*. Tale la nozione del privilegio come *qualità* dell'obbligazione.

Ciò posto, si comprende che una cosa non può essere presa in considerazione agli effetti del privilegio, se non come *elemento patrimoniale* dell'obbligato: il privilegio essendo un *momento* dell'obbligazione, la qualità di obbligato è inscindibile da quella di subietto passivo del privilegio. Donde la conseguenza che il principio, *come tale*, si esaurisce in un diritto di preferenza nel processo esecutivo e non importa di per sè un diritto di seguito.

Un diritto di seguito può bensì spettare al creditore privilegiato, ma in quanto egli sia *possessore* delle cose. Come possessore egli è difeso contro chiunque dall'azione di spoglio quando venga violentemente od occultamente spogliato del possesso (art. 695 cod. civ.); ciò avviene ogni volta che, come spesso accade, il privilegio è accompagnato dal diritto di ritenzione. In tal modo si spiega il limitato diritto di seguito del locatore (art. 1958, n. 3 ult. cap.), il quale si considera in certo modo come possessore delle cose contenute nel fondo locato e a cui si dà perciò il diritto di sequestrarle quando siano trasportate altrove *senza il suo consenso*.

Ma quando il privilegio cade su cose che *non sono in possesso* del creditore, non si può parlare di diritto di seguito. Ed è questo appunto il caso del privilegio del venditore di macchine.

La illogicità di un diritto di seguito connesso a un privilegio non processuale è stata intuita da qualcuno degli scrittori che affermano l'esistenza del diritto di seguito. Così, per esempio, l'Amar, per spiegare questa posizione particolare del venditore di macchine, ricorre ad una pretesa finzione fatta dalla legge « che, cioè, il venditore detenga per mezzo della trascrizione, nello stesso modo del creditore pignoratizio, la macchina da lui venduta » (op. cit., col. 324). La spiegazione è veramente, un po' troppo semplicistica. Come, mediante la trascrizione ordinata dall'art. 773, n. 3, il venditore continui a possedere la macchina, non si spiega: dove la legge abbia

sancita una tal finzione, non è detto. La legge si limita a prescrivere la trascrizione del contratto di vendita, ma non dice affatto che, in seguito alla trascrizione, il venditore si finga continuare nel possesso della cosa. È necessaria molta buona volontà per leggere nell'art. 773, n. 3, una finzione di questo genere.

Ma, a parte questa finzione... fantastica, ciò che si potrebbe con maggior serietà sostenere, è che, se con la formalità della trascrizione, la legge ha voluto metter in avviso i terzi, questi, dopo la trascrizione, sono pregiudicati dal privilegio. Ma se i terzi sono pregiudicati dal privilegio, ciò vuol dire che il privilegio può essere loro opposto; ossia, che il venditore ha diritto di far valere il suo privilegio sulla macchina presso chiunque essa si trovi.

Il ragionamento però sarebbe fallace.

Vero che colla trascrizione si vogliono mettere in avviso i terzi; vero che i terzi sono pregiudicati dal privilegio: vero che il privilegio può essere loro opposto dal venditore: ma da ciò non deriva punto che il venditore possa far valere il suo privilegio di fronte al terzo acquirente della macchina. I terzi, che si vogliono mettere in avviso con la trascrizione non sono già i futuri possibili acquirenti della macchina; sono, invece, coloro che, in base ai principî fondamentali in materia, sono pregiudicati dal privilegio, ossia *gli altri creditori* del compratore della macchina. L'esistenza infatti nel patrimonio del compratore di una macchina d'*ingente valore* può trarre in inganno i terzi che sono venuti o stanno per venire in rapporto di credito con lui, circa la sua solvibilità; perciò la legge ha voluto metterli in guardia, facendo loro conoscere che non possono far calcolo su quell'elemento patrimoniale, il quale è vincolato al pagamento del venditore (bene in questo senso Bonelli, pag. 339).

Tutte queste osservazioni ci dànno modo di risolvere l'altra questione, connessa con la precedente, circa l'efficacia del privilegio in parola *fuori del giudizio di fallimento*. Mentre la maggioranza degli scrittori insegna, che il privilegio di cui

al n. 3 dell'art. 773 ha per presupposto della sua applicazione, la pendenza di un processo di fallimento, in base alla chiara parola della legge, la quale espressamente riferisce tutte le norme dell'art. 773 ai *giudizi di fallimento* (cfr. Bonelli, pagine 336 testo e nota 7, ed autori ivi citati), il solo Amar (op. cit., col. 337-341) con una prolissa dimostrazione non cessa di sostenere la tesi contraria.

A parte l'osservazione preliminare che i privilegi, costituendo eccezioni al principio generale, che i beni del debitore formano la garanzia *comune* dei suoi creditori (art. 1949), sono di stretta interpretazione, e quindi le norme di legge che li consacrano non possono essere estese fuori dei *casi e tempo* in esse espressi (art. 4, disp. prel. al cod. civ.), a noi sembra che la possibilità di far valere il privilegio in questione fuori del giudizio di fallimento sia esclusa da quanto abbiamo detto finora sul concetto e la natura dei privilegi.

Se il privilegio è un elemento inerente alla *coercibilità* dell'obbligazione, consistente in una *preferenza* accordata ad un credito in confronto degli altri, che concorrono per il *soddisfacimento forzato* sullo stesso elemento patrimoniale del debitore, è chiaro che, per la pratica efficienza di questa speciale *qualità* del credito, occorre, anzitutto che il credito non sia spontaneamente soddisfatto, e si venga alla *esecuzione forzata*, in secondo luogo che il patrimonio del debitore sia *insufficiente* ai debiti. Ma, per un debitore commerciante, il concorso di queste due circostanze: *inadempienza* e *insufficienza patrimoniale*, indica inevitabilmente che vi è lo *stato di fallimento*; non occorrerà dunque se non la dichiarazione giudiziale (da parte anche d'ufficio, quando esso risulti in *modo indubbio* da un procedimento esecutivo: art. 698 cod. comm.), perchè il privilegio possa farsi valere. Il privilegio, non essendo un diritto a sè, ma una *modalità del soddisfacimento forzato* del credito, presuppone sempre un *procedimento esecutivo*. Ma un *procedimento esecutivo per un debito commerciale su un patrimonio di un commerciante insufficiente ai debiti* non può essere che il *fallimento*.

Il privilegio presuppone dunque sempre, di necessità, il *fallimento del compratore*, e può però valere solo nel *processo di fallimento contro il compratore*: non nel giudizio esecutivo contro un terzo, perchè il venditore della macchina manca del *diritto di seguito*: non in un giudizio esecutivo ordinario contro il compratore, perchè il compratore di una macchina, che non paga, perchè non può pagare, è in istato di fallimento, e un giudizio esecutivo contro di lui, è, necessariamente, un giudizio di fallimento.

SULLA RAPPRESENTANZA GIUDIZIALE DEL CURATORE NEL FALLIMENTO *

* *Rivista di diritto commerciale*, 1907. Nota alla sentenza 1° dicembre 1906 della Corte di cassazione di Torino, la quale decise:

« È inammissibile il ricorso in cassazione del curatore di fallimento se gli avvocati che questo rappresentano non sono stati nominati dal giudice delegato: art. 727, primo alinea, cod. comm.

« La disposizione del primo alinea dell'art. 727 cod. comm. è d'ordine pubblico: e perciò non può per accordo delle parti essere derogata.

« Anche quando la sentenza d'appello abbia ordinata la cessazione del fallimento gli avvocati pel giudizio di cassazione devono essere nominati dal giudice delegato, sotto pena dell'inammissibilità del ricorso ».

La massima posta dalla Cassazione torinese non ci sembra incontestabile. Per l'art. 727 cod. comm. il giudice delegato «è specialmente incaricato di dirigere e sollecitare tutte le operazioni del fallimento» e, fra l'altro egli «nomina, a proposta del curatore, gli avvocati, i procuratori, i notari, gli uscieri, i periti, i mediatori e i custodi, l'opera dei quali deve essere impiegata per ciascun affare del fallimento, liquida le spese, i compensi e le indennità, che devono ai suddetti pagarsi». In questa disposizione la Corte suprema torinese lesse in verità molto più di quanto vi sia scritto. Secondo la Corte, l'art. 727 statuendo che gli avvocati, i procuratori, i notari e gli uscieri, debbono essere nominati dal giudice, implicitamente prescrisse l'autorizzazione o se anche vuolsi l'adesione del giudice delegato, per tutte le liti che il curatore voglia promuovere «perchè, per tutte le cause si richiede indispensabilmente l'opera delle sunnominate persone». Di qui la conseguenza della nullità di tutti gli atti compiuti dalle persone non investite del mandato di agire nel modo prescritto: nullità d'ordine pubblico, e quindi non sanabile neppure per volontà delle parti, perchè — dice la Corte — «questa disposizione venne impartita nell'interesse non solo della massa dei creditori di ciascun fallimento, ma altresì del commercio in genere, perchè mira ad impedire che i curatori con l'ingolfarsi in cause infondate di lunga durata possano danneggiare i creditori e procrastinare fuori di misura la definizione

delle procedure fallimentari, il che torna di gravissimo pregiudizio al pubblico credito ».

Queste affermazioni non ci sembrano esatte.

Non è punto esatto, in primo luogo, che la legge, all'articolo 727 abbia inteso stabilire come regola generale, che il curatore non possa stare in giudizio senza l'autorizzazione del giudice delegato. Vero è invece il principio contrario: che, per regola generale, il curatore ha la piena rappresentanza della massa e del fallito in tutte le azioni attive e passive. Lo dimostra l'art. 699, per il quale, dalla data della sentenza dichiarativa del fallimento « le azioni competenti al fallito... non possono essere esercitate che dal curatore » e « nessuna azione contro il fallito... puo promuoversi o proseguirsi, se non contro il curatore». Lo dimostra l'art. 748 che impone al curatore provvisorio di esigere i crediti del fallito e di fare tutti gli atti conservativi dei diritti del fallito contro i suoi debitori, aggiungendo, per la sola esazione dei crediti, il semplice obbligo di osservare le speciali cautele prescritte dal giudice delegato. Lo dimostra l'art. 793 che, ingiungendo al curatore di liquidare l'attivo del fallimento, gli dà facoltà di accertare e riscuotere i crediti, col solo obbligo di procedere « colla sorveglienza della delegazione e sotto la direzione del giudice delegato ». Lo dimostrano gli art. 842, 843, che concedono al curatore il diritto di chiedere, senza prescrivere alcuna condizione, l'annullamento o la risoluzione del concordato. Lo dimostrano infine, per facile argomentazione *a contrario,* tutte quelle disposizioni che, in singoli casi, come in quelli degli art. 737, 738, 750, 797, 798, un determinato atto non possa essere compiuto dal curatore senza l'autorizzazione del giudice delegato. E si noti che in nessuno di questi casi si tratta dell'inizio o della prosecuzione di azioni giudiziarie. Che anzi, la regola che la rappresentanza del curatore non è, in via di principio, legata ad alcuna preventiva autorizzazione del giudice delegato, si desume anche dall'art. 728 che disciplina l'istituto del reclamo al giudice delegato contro le operazioni del curatore: istituto che non avrebbe ragione d'essere

ove, di regola, tutti gli atti del curatore dovessero preventivamente essere autorizzati... appunto dal giudice delegato.

La disposizione dell'art. 727 non pone dunque alcun vincolo di autorizzazione alle azioni giudiziarie del curatore; essa ha, invece, una portata assai più ristretta, e tutta d'ordine interno dell'amministrazione fallimentare: per meglio garantire gli interessi di coloro, per conto di cui l'amministrazione stessa è condotta, ossia in primo luogo gli interessi dei creditori, e, subordinatamente, quelli del fallito, e per ridurre al minimo le spese della liquidazione fallimentare, la legge ha voluto che, ogniqualvolta occorra nominare persone ad uffici retribuiti a carico dell'attivo del fallimento, la nomina stessa venga fatta dal giudice delegato. E che questa sia la portata dell'art. 727 è confermato dal fatto che in quella disposizione sono menzionati, insieme alle persone, l'opera delle quali è richiesta per condurre liti giudiziarie, avvocati, procuratori, uscieri, altre persone, che con l'esercizio di tali azioni non hanno nulla da vedere, per es.: i mediatori, ed altri, il cui ufficio non è necessariamente connesso allo svolgimento di una lite, come i notai e i periti; e per tutte si prescrive l'intervento del giudice delegato non solo nella nomina, ma anche nellà liquidazione dei compensi e delle indennità (V. in questo senso le giuste osservazioni del Bonelli, *Comment.* I, pag. 97).

Ma se non si tratta, qui, di limite posto alla rappresentanza giudiziale del curatore, ne deriva che il mancato intervento del giudice nella nomina dell'avvocato pel giudizio di Cassazione non importa incapacità del curatore a stare in giudizio per il fallimento, ma, al più, una irregolarità nel mandato, richiesto, secondo l'art. 522 cod. proc. civ., per ricorrere in cassazione.

Ora tale irregolarità importa la nullità assoluta del mandato e quindi l'inammissibilità del ricorso? Si trattta davvero, come la Corte di Torino crede, di una nullità insanabile, di una nullità d'ordine pubblico? Non lo crediamo, ed

anche sotto questo punto di vista il ragionamento della Corte non ci persuade.

Se il curatore è l'organo *normale* di quella collettività che si chiama massa fallimentare e a lui spetta la piena rappresentanza giudiziale della massa, il mancato intervento del giudice delegato non importa già che l'atto compiuto invece dal solo curatore, sia *inesistente*, ma importa una semplice *nullità relativa*, opponibile cioè da coloro, nel cui interesse quella maggior garanzia è stabilita, cioè dai creditori componenti la massa ed eventualmente dal fallito.

La Corte afferma veramente che l'intervento del giudice è richiesto nell'interesse pubblico e non in quello dei soli cointeressati alla liquidazione, ma lo fa in un modo che è invece la più patente dimostrazione... dell'asserto contrario! La Corte dice che la disposizione dell'art. 727 è scritta nell'interesse pubblico « perchè mira ad impedire che i curatori con cause infondate possano danneggiare i creditori e procrastinare fuori di misura la definizione della procedura fallimentare ». Ma ciò è appunto la dimostrazione che l'intervento del giudice è richiesto nell'interesse dei cointeressati alla liquidazione fallimentare, creditori in prima linea, e poi fallito!

Niente interesse pubblico dunque, ma interesse della massa e del fallito. Il che constatato, ne deriva non solo che la nullità non è *insanabile*, ma che non si tratta neppure di nullità *assoluta*. Il che vuol dire: non solo non è vero che la parte, contro cui l'azione giudiziaria è spiegata, non possa colla sua acquiescenza *sanare* la nullità, ma non è vero neppure che essa possa *proporla*!

Per noi dunque non si tratta neppure di *rinunzia tacita* ad opporre una eccezione di nullità, ma di *improponibilità dell'eccezione* perchè la nullità è stabilita solo a vantaggio della massa: invece dell'art. 57 capoverso cod. proc. civ. riteniamo addirittura applicabile l'art. 57 principio.

V.

SUL DIRITTO MARITTIMO

LE LIMITAZIONI

ALLA RESPONSABILITÀ DEGLI ARMATORI *

* *Archivio giuridico*, 1897.

1. — Sulle strade interminabili del mare, segnate con altrettanta precisione quanto le vie ferrate che percorre un convoglio ferroviario (1), due navi s'incontrano: un momento d'esitazione o d'incertezza nel capitano di una di esse, o — quel che è peggio — ignoranza o imperizia o negligenza in esso o nei marinai che eseguiscono i suoi ordini, rendono inevitabile l'urto: la catastrofe avviene, e uno dei due bastimenti — per esempio, quello in colpa — perisce, inabissandosi corpi e beni. I naufraghi salvatisi con stenti infiniti, dopo aver perduto ogni loro avere; le famiglie dei morti rimaste nella più squallida indigenza; i caricatori, le cui merci sono colate a picco, si rivolgono all'armatore della nave, e chiedono il risarcimento dei danni sofferti. I capitalisti che in lontani paesi hanno aperto credito al capitano perchè potesse rifornire la sua nave, ripararla, rimetterla in perfetto stato di navigabilità, chiedono il soddisfacimento del loro credito. Orbene, i tribunali possono ben far ragione alle loro domande, possono condannare l'armatore al pagamento delle indennità, al soddisfacimento del debito contratto; ma quando i creditori credono di poter riscuotere il loro avere, l'armatore si cava d'impaccio dicendo: sta bene, io debbo; ma appena mi fu annun-

(1) Grasso, *L'urto di navi nel diritto commerciale italiano ed internazionale* in *Archivio Giuridico*, Vol. XXXVII, pag. 218; Desjardin, *Traité de droit commercial maritime*, Paris, 1886, Vol. V, n. 1079.

ciata la catastrofe, io feci l'abbandono della nave: soddisfatevi su quella, se potete. E i creditori, che hanno per tutta loro garanzia un bastimento colato a fondo, e distrutto dai marosi, debbono dichiararsi soddisfatti. Nessun dubbio possibile al riguardo; l'art. 491 cod. comm. è esplicito: « I proprietari (1)

---

(1) Il Codice di commercio italiano, e così quello francese (art. 216), non fanno menzione dell'*armatore*, ma del *proprietario della nave* soltanto. Che differenza c'è fra l'uno e l'altro? Quali sono le responsabilità rispettive?

Questioni di tale importanza non possono risolversi in una nota; e — del resto — esorbiterebbero dal nostro tema. Ad ogni modo, siccome nel corso di questo lavoro parleremo sempre di *armatori*, è necessario spiegare la portata di questa espressione, e dire perchè noi l'adoperiamo a preferenza dell'altra usata dai legislatori italiano e francese.

Armatore è colui che esercita l'industria marittima con una o più navi sia che queste gli appartengano in tutto o in parte, sia che gli siano state locate dal proprietario per un tempo fisso e ad un prezzo determinato.

Si usa pure chiamare armatore, e — più precisamente — *armatore-gerente*, colui che ha avuto dal proprietario o dai proprietari l'incarico di gerire la nave per loro conto. Ma in questo caso si ha, piuttosto che un vero e proprio armatore, un institore, un rappresentante generale dell'armatore, per conto di cui egli gerisce. Naturalmente è al preponente che vanno tutti gli oneri e vantaggi dell'industria esercitata.

Il Codice di commercio italiano non parla dell'armatore (salvo che per incidente all'art. 556); ne parla invece il codice per la marina mercantile all'art. 52, e lo definisce: «... colui che impiega la nave per uno o più viaggi o spedizioni, munendola degli oggetti a ciò necessari, ed affidandola alla direzione di un capitano o padrone, sia egli o no il proprietario della nave ».

Da ciò si rileva, che il proprietario della nave può non essere armatore, e l'armatore può non essere proprietario della nave.

Secondo il Codice di commercio tedesco (art. 484 del nuovo testo del Cod. germanico pubblicato il 10 maggio 1897) *armatore è il proprietario di una nave, il quale se ne serve per trarne lucro col mezzo della navigazione marittima.* (« *Rheder ist der Eigenthümer eines ihm zum Erwerb durch die Seefahrt dienenden Schiffs* »).

Colui che adopera una nave, che non gli appartiene, per esercitare per conto proprio il commercio di navigazione marittima, è, di fronte ai terzi, considerato come armatore (art. 510 Codice di comm. germanico). Egli vien detto *Ausrüster* (Gareis, *Das deutsche Handelsrecht*, Berlin, 1892, pag. 562). Il Wagner perciò distingue giustamente l'armatore in lato senso (*im weiteren Sinne*), che è chiunque esercita l'industria marittima armando una nave, dall'armatore in stretto senso (*im engeren Sinne*), che è colui che esercita l'industria marittima con una nave di sua proprietà (Wagner, *Handbuch des Seerechts*, Leipzig, 1884, Vol. I, pag. 143).

In Inghilterra l'armatore proprietario è detto *owner of a ship* colui che

di navi sono responsabili dei fatti del capitano e delle altre persone dell'equipaggio, e sono tenuti per le obbligazioni contratte dal capitano, per ciò che concerne la nave e la spedizione. *Tuttavia, ogni proprietario o comproprietario, che non ha contratto obbligazione personale, può in tutti i casi, me-*

---

esercita l'industria marittima con una nave non sua, è detto *owner pro tempore*, ed ha, di fronte ai terzi, i diritti e le obbligazioni di un armatore (ABBOTT, *A treatise of the law relative to merchant stips and seamen*, 12ª edizione, London, 1881, pag. 57 e seg. e pag. 221).

Visto così in quanti significati si possa prendere la parola *armatore*, esaminiamo quale sia, rispettivamente, la posizione giuridica del proprietario e dell'armatore, nel caso in cui l'armatore non sia anche proprietario.

Secondo il Codice di commercio germanico, la questione è presto risolta e nel modo più logico e razionale. Il proprietario della nave che non esercita con essa il traffico marittimo, non è, in alcun caso, responsabile dei fatti del capitano o dell'equipaggio. Responsabile è solo quando sia allo stesso tempo armatore (art. 484 e segg.). Colui invece, benchè non proprietario, che esercita per proprio conto l'industria marittima, ha tutti i diritti e gli obblighi dell'armatore proprietario: davanti a lui sparisce la persona del proprietario (art. 510). Assai più complicata invece è la questione nel sistema italiano e francese.

Anzitutto il proprietario della nave, soltanto perchè proprietario, è sempre responsabile dei fatti leciti ed illeciti del capitano, e dei fatti illeciti dell'equipaggio, benchè nè questo, nè quegli siano al suo servizio, ed egli non eserciti colla sua nave l'industria marittima. L'art. 491 del nostro Codice di comm., e l'art. 216 del Codice francese non ammettono dubbi in proposito. Dice l'art. 491: I proprietari di navi sono responsabili dei fatti dei capitani etc.... La responsabilità del proprietario non è fondata sul rapporto institorio che intercede tra lui e il capitano, o sul contratto di locazione d'opera dell'equipaggio; ma deriva dalla legge: essa dunque sussiste sempre, temperata però dal rimedio dell'abbandono.

L'armatore non proprietario invece anche è responsabile; ma la sua responsabilità deriva dal rapporto di mandato che intercede tra lui e il capitano e di locazione d'opera coll'equipaggio, in virtù dell'art. 1752 e dell'art. 1153 Cod. civ. (DESJARDINS, *Traité de droit commercial maritime*, Vol. II, pag. 22). Ma, non essendo proprietario, la sua responsabilità è indefinita, giacchè secondo l'opinione più diffusa, il diritto d'abbandono compete solo al proprietario.

Assurdità maggiore non si potrebbe trovare; ma non è questo il luogo di rilevarla. Qui ci limiteremo a dire che adopereremo sempre la parola armatore, per indicare l'armatore proprietario, riferendoci alle legislazioni di tipo francese, ed all'armatore *in senso lato* (comprendente tanto il *Rheder* che l'*Ausrüster*), riferendoci al diritto germanico. Il parlare infatti, così assolutamente di responsabilità del proprietario di nave, è — scientificamente — un non senso. La responsabilità non può derivare dal fatto della proprietà; ma da quello dell'esercizio dell'industria marittima. Vedi su queste questioni:

diante l'abbandono della nave e del nolo esatto o da esigere liberarsi dalla responsabilità e dalle obbligazioni suddette, ad eccezione di quelle per i salari e gli emolumenti delle persone dell'equipaggio ».

2. — Secondo i principii della logica giuridica, codesta limitazione alla responsabilità degli armatori, che in molti casi può arrivare persino a sopprimere ogni ombra di responsabilità, non ha ragione di esistere. Il capitano, infatti, secondo, quello che tutti gli scrittori e le legislazioni ammettono, è un mandatario dell'armatore, e di mandato e di locazione d'opera è misto il rapporto che a questi lo lega (1).

Conseguenza immediata di questo rapporto è la responsabilità dell'armatore per i fatti leciti ed illeciti del capitano per tutto ciò che si riferisce alla preposizione. È questo il principio sancito dagli art. 1752, 1153 cod. civ. (2), e confermato dalla prima parte dell'art. 491 già citato.

BERLINGIERI, *Armatore* nell'*Enciclopedia giuridica del Mancini,* pagg. 803 e segg. BORSARI, *Il codice di commercio annotato,* Torino, 1869, Vol II, pagg. 69 e 70, n. 2; DESJARDIN, *Traité de droit commercial maritime,* Vol. II, Paris, 1880, pagina 21 e segg.; CRESP-LAURIN, *Cours de droit maritime,* Paris, 1878. I, pagg. 327 e segg.; PÖHLS, *Darstellung des gemeinen Deutschen und des Hamburgischen Handelsrechts: Dritter Band Seerecht,* Hamburg, 1830, parte I, pagg. 98 e segg.; WAGNER, *Handbuch des Seerechts* nell'*Handbuch der Deutschen Rechtwissenschaft* del BINDING, Leipzig, 1884, pagg. 147 e segg.; GAREIS, *Das deutsche Handelsrecht,* Berlin, 1892, pagg. 562; LEWIS, *Das Deutsche Seerecht,* Leipzig, 1884, vol. I, pag. 43 e segg. — e, nella traduzione del GREGO, *Il diritto marittimo della Germania,* Genova, 1892, vol. I, pagg. 81 e segg. — LEWIS, *Das Seerecht* in ENDEMANN'S, *Handbuch des Deutschen Handels-See und Wechselrechts,* Leipzig, 1883, vol. IV, pagg. 37 e segg.; ABBOTT, *A treatise of the law relative to merchant ships and Seamen,* 12ª edizione, London, 1881, pag. 27 e segg.

(1) V. LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit maritime,* Paris, 1894, pagine 114 e segg., 333 e segg.; BOISTEL, *Manuel de droit commercial,* Paris, 1890, pagg. 656 e 660; SALMAN, *Duplex persona im Handelsrecht* nella *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht,* anno 1893, vol. XLI, pagg. 382 e 384; LO CHARVÈRIAT, *Quelle est la nature juridique de l'engagement du capitaine envers l'armateur,* Paris, 1888, pagg. 3, sostiene che il contratto interveniente tra armatore e capitano, è un puro mandato.

(2) Art. 1752: « Il mandante è tenuto ad eseguire le obbligazioni contratte dal mandatario, secondo le facoltà che gli ha date ». Art. 1153: « Ciascuno

Parimenti, chi si serve dell'opera di alcuno è responsabile dei danni cagionati da questi nell'esercizio delle incombenze alle quali l'ha destinato (Art. 1153).

Ma chi si obbliga, secondo i principi generali di diritto, obbliga tutti i suoi beni, non soltanto quelli a cui si riferisce direttamente la contratta obbligazione. « Chiunque sia obbligato personalmente — dice l'art. 1948 cod. civ. — è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri ». E l'art. 1949 aggiunge: « I beni del debitore sono la garantia comune dei suoi creditori ».

La disposizione dunque della seconda parte dell'art. 491 costituisce una deroga gravissima al diritto comune. Ora noi ci domandiamo: Questa deroga è necessaria? È giusta? È — come dice il Frémery (1) — l'espressione esatta del diritto?

3. — È questo il quesito che ci proponiamo di risolvere; quesito arduo e difficile; in quanto che nella soluzione di esso ci imbattiamo in una lunga tradizione dottrinale e legislativa, che ammette il principio della responsabilità limitata, senza nemmeno discuterlo.

La tradizione e la consuetudine universalmente accolta: è questa la principale ragione e giustificazione che troviamo del principio della responsabilità limitata. Ond'è che abbiamo voluto rifare anche noi il cammino, e, seguendo l'evoluzione storica del principio in questione, accertarci se, e fino a qual punto, è vero che l'istituto della responsabilità limitata, quale lo sanciscono i moderni legislatori, sia antico e tradizionale.

---

parimenti è obbligato non solo pel danno che cagiona per fatto proprio, ma anche per quello che viene arrecato col fatto delle persone delle quali deve rispondere, o colle cose che ha in custodia.

« Il padre e, in sua mancanza, la madre sono obbligati pei danni cagionati dai loro figli minori abitanti con essi.

« I tutori pei danni cagionati dai loro amministrati abitanti con essi.

« I padroni e committenti pei danni cagionati dai loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze alle quali li hanno destinati ».

(1) Frèmery, *Études de droit commercial,* Paris, 1835, pag. 191.

Nell'indagine storica si fermeremo piuttosto a lungo ad esaminare i principii sanciti intorno alla responsabilità degli armatori dal diritto Romano, che seguì in proposito un sistema essenzialmente diverso da quello del nostro codice di commercio. Vedremo quindi come sia sorto, nel diritto intermedio, il sistema della responsabilità limitata, ed infine, quale sia il sistema accolto oggidì dalle principali legislazioni d'Europa e d'America.

All'indagine storica faremo seguire per ultimo uno studio critico e dommatico del principio della responsabilità limitata, esaminandolo al lume della realtà storica, della logica giuridica, degli interessi veri del commercio marittimo.

Capitolo Primo.

Svolgimento storico della responsabilità degli armatori e delle sue limitazioni.

§ I. — *Il diritto Romano.*

Sommario. — 4. Grande importanza del diritto marittimo dei Romani. — 5. L'*exercitor* e il *magister navis*. — 6. La non ammissione della rappresentanza e l'*actio exercitoria*. — 7. Presupposti dell'*actio exercitoria*. — 8. L'obbligazione dell'*exercitor* intervenendo questi presupposti. — 9. La responsabilità pei fatti illeciti altrui nel diritto romano. L'*actio exercitoria* per i delitti e quasi delitti del *magister navis*. — 10. Il *receptum nautarum*. — 11. L'*actio in factum de recepto in simplum*. — 12. L'*actio in factum de recepto in duplum* e l'*actio furti*. — 12 *bis*. L'abbandono noxale, l'*actio de peculio* e le odierne limitazioni alla responsabilità degli armatori. — 13. Conclusione.

4. — È opinione diffusa, tra gli storici del commercio e del diritto commerciale, che il popolo romano sia sempre stato alieno dal commercio, e l'abbia tenuto in disprezzo, e che, per conseguenza, poca o nessuna importanza si debba attribuire al diritto commerciale dei Romani.

A confermare in questa idea val molto il fatto che le norme giuridiche disciplinanti la materia commerciale non formano un tutto a parte nel corpo delle leggi Romane, ma si trovano disseminate qua e là nel Digesto, nel Codice e nelle Istitu-

zioni. Ma ciò nulla prova in favore dell'opinione che annette scarsa importanza al diritto commerciale dei Romani, giacchè vediamo che anche oggi viene da molti domandato un codice unico delle obbligazioni: non solo; ma per ottenere la cosidetta unità del diritto privato si invoca l'autorità dell'esempio romano (1).

Le leggende, intorno alla nessuna importanza del commercio Romano, e i pregiudizi circa il poco conto in cui deve essere tenuto il diritto commerciale di Roma, vennero recentemente distrutti dal Goldschmidt (2). Egli dimostra splendidamente che, all'epoca dell'impero Romano, le condizioni del traffico e specialmente di quello marittimo erano floridissime. In ispecie le condizioni della navigazione e del commercio marittimo non erano molto dissimili da quelle dell'Europa moderna al principio del nostro secolo, prima della scoperta del vapore e della sua applicazione alla navigazione (3). Di quì

---

(1) V. VIVANTE, *Per un codice unico delle obbligazioni*. Prolusione al corso di diritto commerciale nell'Università di Bologna, nell'*Archivio Giuridico*, volume XXXIX, e la viva polemica a cui questo scritto diede luogo.

(2) *Lex Rhodia, Agermanament* etc., nella sua *Zeitschrift für des gesammte Handelsrecht*, Vol. XXXV (1888) pagg. 69 e segg. e *Handbuch des Handelsrecht*, Band I, *Universalgeschichte des Handelsrecht*, Stuttgart, 1891, pag. 65 e segg.; v. pure CARNAZZA, *Il diritto commerciale dei Romani*, Catania, 1891.

(3) Roma, colla sua immensa popolazione (il MARQUARDT, *De l'organisation financière chez les Romains*, Trad. di Albert Vigie, Paris, 1888, la calcola ad 1.600.000 abitanti) doveva necessariamente essere un centro di gran consumo: in essa affluivano i prodotti del mondo intero, e specialmente il grano, che flotte gigantesche portavano in Italia. (V. GOLDSCHMIDT, *Lex Rhodia* ecc., nella *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, 1888, pag. 72). Le ordinarie navi mercantili che viaggiavano da Roma ad Alessandria nel I° secolo dell'impero avevano una stazzatura da 7 ad 800 tonnellate: la loro velocità con vento favorevole era nel Mediterraneo da 21 a 23, nell'Oceano Indiano da 18 a 20 miglia geografiche al giorno (GÖTZ, *Die Werkswege in Dienste des Welthandels*, Stuttgart, 1888, pagg. 223 e segg., pagg. 463 e segg.). Non mancano giornali di bordo. Il più completo fra quanti ce ne sono pervenuti è il *Periplus maris Erythraei*, compilato nell'anno 77 dell'èra volgare, che ci dà un'esatta idea del commercio dell'Africa orientale, il quale si estendeva fino all'Oceano Indiano, e del quale l'isola di Ceylan era un approdo normale (GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, pagg. 70; JURIEN DE LA GRAVIÈRE, *Le commerce de l'Orient*, nella *Revue des deux mondes*, 1893, pagg. 342).

la naturale conseguenza che il diritto marittimo di Roma doveva avere, ed aveva in realtà, una estrema importanza. Onde la dottrina e la legislazione odierna non possono trascurare i dettami della Romana sapienza, la quale non rifulse meno splendida in questo, che negli altri rami del diritto privato.

5. — Colui che armava la nave, ed esercitava con essa il commercio marittimo — in altri termini, l'armatore — è chiamato dalle fonti *exercitor navis*. I testi ci danno dell'*exercitor* una definizione così chiara e perspicua, che essa ha resistito a molti secoli, e si può dire esatta anche oggi:

« Ulp. l. XXVIII *ad Edictum*, l. 1, § 15, Dig. *de exerc., act.* XIV, 1. *Exercitor autem eum dicimus ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit, sive a domino navem per aversionem conduxerit, vel ad tempus, vel in perpetuum* ».

« § 2. *Quod cum eo*, Inst., IV, 7: ..... *exercitor appellatur is ad quem cottidianus navis quaestus pertinet* ».

Exercitor è dunque colui, al quale vanno tutti i proventi della nave, sia egli proprietario della nave, sia che l'abbia noleggiata in blocco, a tempo, o perpetuamente. Si vede perciò come il concetto dell'*exercitor* corrisponda a quello dell'armatore, come lo concepiamo anche oggi (1).

L'*exercitor* va qualche volta designato col nome di *nauta navicularius*, o *nauclerus* (2).

Il capitano, o meglio, l'agente commerciale che a bordo della nave rappresentava l'*exercitor*, era il *magister navis: Magister navis accipere debemus cui totius navis cura mandata est.* (Ulp. l. XXVIII *ad Edictum*, l. 1, § 1, *De exerc. act.*).

6. — Era principio generale del diritto Romano che nessuno potesse rimanere obbligato per mezzo di una terza per-

---

(1) V. n. 1, nota a pag. 192.

(2) V. Goldschmidt, *Das receptum naut. caup. stab.*, nella sua *Zeitschrift*, Anno 1860, pagg. 58.

sona: la regola generale vigente in questa materia era dunque la non ammissibilità della rappresentanza.

Il figlio ed il servo potevano bensì, obbligandosi, arricchire il padre od il padrone: potevano, in altri termini, acquistargli diritti di obbligazione: ma in nessun caso potevano obbligarlo. I terzi poi, le *extraneae* o *liberae personae* non potevano nè obbligare altri, nè acquistar loro diritti, anche quando tutte le parti interessate avessero di comune accordo ammessa la rappresentazione (1).

Questo principio così rigoroso, applicato al commercio marittimo doveva evidentemente essere molto imbarazzante per gli ostacoli che poneva al credito navale, e quindi allo sviluppo della navigazione (2). Non sempre, infatti, l'*exercitor* era ad un tempo, capo della spedizione marittima. Anzi, di rado doveva accadere che egli si trovasse sulla nave; gli armatori, infatti, possedevano spesse volte più navi, ed anche intere flotte, giacchè sappiamo che anche i ricchi patrizi si dedicavano con ardore al commercio marittimo, fonte per essi di colossali fortune. A ciò si aggiunga che i *magistri* erano per lo più servi o figli dell'armatore, persone *alieni iuris*, assolutamente incapaci di obbligarsi: ma quando fossero state persone libere, piccolo doveva essere naturalmente il loro credito personale. Le esigenze della navigazione, invece, richiedono

---

(1) GAJO, *Inst.*, II. 95; PAOLO, *Sent.*, V, 2, § 2: § 5, *per quas pers.*, *Inst.*, II, 9; l. 11, *de obl. et act.*, Dig. XLIV, 7; l. 73, § 4, *de reg. iuris*, Dig. L, 17; l. 126, § 2; l. 38, § 17, *de verb. obl.*, Dig. XLIV, 1; l. 11, § 6, *de pign. act.*, Dig. XIII, 7; l. 1, *per quas pers.*, Cod. IV, 27; l. 26, *de iure dotis*, Cod. V, 12.

Fra gli autori, v. specialmente SAVIGNY, *Le droit des obligations*, Paris, 1873, vol. I, pagg. 163 e 164; *Le droit Romain*, vol. III, pagg. 96 e segg.; ZIMMERMANN, *Die Lehre von der Stellvertretenden negotiorum gestio*, Strassburg, 1885, § 4, pagg. 32 e segg.; WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, § 73, II, §§ 318 e 442; MITTEIS, *Die Lehre von der Stellvertretung nach römischen Recht*, Wien, 1885, § 4, pagg. 32 e segg.; TARTUFARI, *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti*, Torino, 1892, Cap. II, § 1, pag. 19 e segg. Sostiene invece la ammissibilità della rappresentanza come regola anche nel diritto Romano: HELMANN, *Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften*, München, 1882, pagg. 43 e segg.

(2) Su questo punto, vedi anche GANDOLFO, *Le fonti del diritto Romano marittimo*, Genova, 1884, pagg. 26.

che chi è preposto alla spedizione marittima possa da un momento all'altro disporre di somme considerevoli, che possa vendere, comprare, fare contratti di noleggio, per il che è necessario che l'armatore sia personalmente responsabile delle obbligazioni assunte dal suo rappresentante sulla nave.

Dato il sistema della non ammissione della rappresentanza, è chiaro che la posizione giuridica dell'*exercitor* era tale, che egli non poteva in alcun modo essere obbligato per gli atti del *magister navis*. Infatti, o questi era *sub potestate* dell'*exercitor* ed allora poteva bensì obbligare i terzi dell'*exercitor*, ma in nessun caso questi a quelli: contro di lui poi non competeva al creditore nessuna azione. Se invece il *magister* era una *libera* o *extranea persona*, l'*exercitor* restava assolutamente fuori causa ed il creditore doveva accontentarsi di far valere i suoi diritti verso colui, col quale aveva contrattato.

Il pretore adunque, che seguiva da vicino i progressi della vita e della civiltà Romana, e che, secondo lo svolgersi dei bisogni, contemperava coll'equità le massime rigorose dello *strictum ius civile,* dovette in breve porre un rimedio a questo stato di cose ed accordare un'azione per mezzo della quale si potesse far risalire all'*exercitor* la responsabilità delle obbligazioni assunte in suo nome dal *magister navis*. Fu questa l'*actio exercitoria* la quale è, come dice lo Jhering, il punto d'*irruzione storica* del principio, accolto ora universalmente nel diritto, della responsabilità del principale per le convenzioni del rappresentante (1).

7. — Non è nostra intenzione di far qui uno studio completo sull'*actio exercitoria :* ciò esorbiterebbe dai limiti che ci siamo proposti nell'intraprendere questa breve rassegna storica. Diremo solo qualche cosa del concetto, e, principalmente, della portata di questo istituto: dall'esame dei quali scaturirà naturalmente l'osservazione che la responsabilità dell'*exercitor* era gravissima, e che il legislatore romano, nella costruzione

(1) JHERING, *L'esprit du droit Romain*, Paris, 1887, vol. 3°, pagg. 32 e 33.

dell'*actio exercitoria,* fece di tutto per renderla tale. Parleremo anzitutto dei *presupposti* (*Voraussetzungen,* come dicono i tedeschi) di questa azione, cioè delle condizioni necessarie perchè possa farsi valere; poi dell'obbligazione dell'*exercitor*, intervenendo questi presupposti.

I presupposti, perchè si possa dare al terzo che ha contrattato col *magister* l'azione contro l'*exercitor,* sono due;

1° In primo luogo un rapporto interno di *praepositio* tra l'*exercitor* ed il *magister navis.* Bisogna che sia intervenuta una dichiarazione di volontà espressa o tacita da parte dell'*exercitor* di voler preporre quella determinata persona come *magister* al traffico della nave.

La volontà di preporre non è legata ad alcuna forma; la prova di essa risulta dal fatto stesso della immissione del *magister* alla direzione della spedizione marittima (1).

2° In secondo luogo è necessario che il contratto, che dà luogo all'azione, sia stato concluso nei limiti della *praepositio*, nei limiti dei poteri accordati dall'*exercitor* al *magister navis.* La *praepositio* infatti segna i limiti degli affari a cui l'*exercitor* ha voluto preporre il *magister* e con ciò stabilisce quale sia la sua responsabilità di fronte ai terzi contraenti: *praepositio dat certam legem contrahentibus* (2).

Oltre queste due condizioni, nessun'altra è necessaria perchè possa darsi l'*actio exercitoria* (3). Così è perfettamente irrile-

---

(1) V. COSTA, *Le azioni exercitoria ed institoria nel diritto Romano,* Parma, 1891; BAUDANA VACCOLINI, *Il mandato commerciale nel diritto Romano,* in *Arch. Giur.*, Vol. LV (1895), pagg. 413 e segg.

(2) l. 1, § 12, *de exerc. act.*, Dig. IV, 1.

(3) Alcuni romanisti richiedono, oltre a queste due condizioni, anche il riferimento del terzo contraente al rapporto di praepositio. Così BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten,* Erlangen, 1873-79, pagg. 1616; BUCHKA, *Die Lehre von der Stellevetretung,* Rostock und Schwerin, 1852, pagg. 41; ZIMMERMANN, *Die Lhere von der Stellvertretenden negotiorum gestio,* Strassburg, 1885, pagg. 105 e segg. e altri. Ma molti — e noi con essi — credono inutile tale riferimento; V. MANDRY, *Familiengüterrecht der Römer,* II, pagg. 603 e 604; SAVIGNY, *Droit des obligations,* II, §§ 54-56; ELSÄSSER, *Ueber die istitorische Klage,* Stuttgart, 1875, pagg. 17 e segg.; CARNAZZA, *Il diritto commerciale dei Romani,* Catania, 1891, pagg. 136 e segg.; BAUDANA VACCOLINI, *op. cit.*, pagg. 429 e segg.

vante la condizione tanto dell'*exercitor* che del *magister navis*, il quale può essere libero o schiavo, servo dell'*exercitor* o *exstraneus*, può essere anche un impubere. Lo stesso dicasi dell'*exercitor*, che può essere maschio o femmina, *paterfamilias* o *filiusfamilias*, o schiavo.

Non solo: ma nel caso che fosse *alieni iuris*, se esercitava la nave per volontà del padre o padrone, questi poteva esser tenuto coll'*actio exercitoria* (1).

Si vede dunque di quale facile, larghissima applicazione, fosse l'*actio exercitoria*.

8. — Verificandosi queste condizioni il terzo, che ha contrattato col *magister navis*, oltre all'azione civile che gli compete contro di questi, può far valere la stessa azione, come pretoria, contro l'*exercitor*. Le azioni *mutui*, *empti*, *venditi*, *locati*, *conducti* ecc. che competono contro il *magister*, si possono dunque, in forza dell'*actio exercitoria*, far valere contro l'*exercitor* come azioni *mutui exercitoria*, *empti exercitoria*, *locati exercitoria*, *conducti exercitoria*, etc.

Per tal modo il creditore ha la scelta fra due azioni da intentarsi contro persone differenti: queste due azioni hanno lo stesso oggetto (2), dimodochè il rapporto giuridico che ne deriva si potrebbe a buon diritto chiamare un'obbligazione correale (3). *Exercitor* e *magister* di fronte al terzo si trovano nella condizione di due veri e propri *correi debendi*, ciascuno obbligato alla prestazione del *solidum* (4).

Se gli *exercitores* sono più, tutti sono tenuti *in solidum* al soddisfacimento dell'obbligazione. *Si plures exercent, cum quolibet eorum in solidum agi potest* (l. 1, § 25, *de exerc. act*).

E non solo per i contratti del *magister*, l'*exercitor* rimane obbligato, ma eziandio per i contratti di colui che il *magister* si è sostituito: anche quando l'*exercitor* ignori questa sosti-

---

(1) l. 1 § 16, *de exerc. act.*, Dig. XIV, 1.

(2) l. 1 § 17, *de exerc. act.*

(3) Savigny, *Le droit des obligations*, § 21.

(4) Costa, *op. cit.*, pagg. 88.

tuzione, e, perfino, quando l'abbia espressamente vietata (l. 1, § 5, h. t.; l. 2, § 2, h. t.).

In tal modo, in ogni caso, sono completamente garantiti i diritti dei terzi contraenti, i quali possono rivolgersi sia contro il *magister* che contro l'*exercitor*.

Si vede quindi quanto questo sistema fosse riguardoso pei diritti del terzo contraente: estesissima la responsabilità dell'*exercitor*: poche le condizioni necessarie perchè contro di lui si possa far valere l'azione: semplice, facile, efficace l'esercizio della medesima.

9. — In materia di responsabilità pei fatti illeciti altrui vigeva, nel diritto Romano, un principio analogo a quello che sancisce, quanto ai contratti conclusi da terze persone, la non ammissibilità della rappresentanza. Come il diritto Romano non concepisce che un negozio giuridico posto in essere da due persone possa direttamente avere effetto nei riguardi di un terzo, così non concepisce neppure che si possa rispondere del danno recato da un'altra persona, quando questo danno non dipende da un fatto che sia imputabile alla persona, da cui si pretende il risarcimento.

Si sa che l'azione per mezzo della quale si può costringere l'autore di un danno a risarcirlo è l'*actio legis Aquiliae*: ora da tutti i testi che ci parlano della colpa Aquiliana risulta che tale azione può essere fatta valere solo contro la persona per colpa della quale fu causato il danno: quindi non contro il suo principale, a meno che egli stesso non sia in colpa (1).

Questo principio non potè resistere per molto tempo in

---

(1) Cfr. l. 27, § 9, *Ad leg. Aquil.*, Dig. IX, 2; l. 52, § 2, Dig. h. t.; l. 30, § 2, Dig. h. t.; l. 27, § 11, Dig. h. t.; V. pure VAN WETTER, *Les obligations en droit Romain*, vol. III, pagg. 424; MOLITOR, *Les obligations en droit Romain*, vol. II, pagg. 417 e segg.; WYSS, *Haftung für fremde culpa nach Römischen Recht*, Zurich, 1867; PERNICE, *Labeo. Einleitung*, pagg. 213-228; ERVIN GRUEBER, *The Roman law of damage to Propriety*, Oxford, 1886, pagg. 250 e 251; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, Firenze, 1886, vol. V, pagg. 361 e segg.; CASTELLARI, *Della lex Aquilia* nell'*Arch. Giuridico*, vol. XXII, pagg. 361; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, Torino, 1887, vol. I, pagg. 290.

una forma così rigorosa: onde non si tardò a trovare dei temperamenti. I primi di questi furono le cosidette *azioni noxali*, per mezzo delle quali il *paterfamilias* era responsabile, anche nell'antico diritto dei danni arrecati dal figlio o dal servo. Più numerose più gravi però furono le eccezioni arrecate a questo principio dal pretore a proposito del commercio marittimo: l'*exercitor* infatti rispondeva non solo dei fatti illeciti del *magister navis* ma anche di quelli dell'equipaggio, e perfino dei passeggieri imbarcati a bordo della nave.

Rispondeva dei fatti illeciti del *magister navis* per mezzo dell'*actio exercitoria.* Che così fosse ci pare non debba lasciar dubbio la l. 1, § 9 *de exerc. act.*

Ulp. l. XXVIII *ad Edictum :* l. 1, § 9 *de exerc. act.* Dig. XIV, 1, « *Unde quaerit Ofilius, si (magister) ad reficiendam navem mutuatus, nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio? Et ait, si hac lege acceperit quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem, imputaturum sibi, cur talem praeposuerit* ».

Il *magister,* in questo caso, ha commesso un vero e proprio furto: chi dovrà risentirne le conseguenze? L'*exercitor,* risponde il giureconsulto, che non doveva scegliere un *magister* infedele (1).

10. — Quanto ai fatti dell'equipaggio, quale sarebbe stata la posizione giuridica dell'armatore di fronte ai passeggieri e caricatori? Se le merci fossero state ricevute contro pagamento di una mercede, sarebbe stato tenuto coll'*actio locati,* se mercede non vi fosse stata, coll'*actio depositi.* Ma nel primo caso sarebbe stata necessaria l'esistenza di una *culpa levis* da parte

---

(1) V. pure l. 5, § 8 e 9 *de instit. act.,* Dig. XIV, 3 e Voet, *Comm. ad Pandectas,* XIV, 1, Venezia, 1787, V, III, pagg. 95; Parodi, *Lezioni di diritto commerciale,* V. III, Genova, 1855, pagg. 134; Baron, *Pandekten,* Leipzig, 1893, pagg. 388; Glück, *Comm, alle Pandette,* § 893; Costa, *Le azioni exercitoria ed institoria nel diritto Romano,* Parma, 1891, pagg. 69; Baudana Vaccolini, *Il mandato commerciale nel diritto Romano,* nell'*Archivio,* 1895, pagg. 418. — Contra Lauterbach, *Coll. Pandect.,* Tubinga, 1726, XIV, 1; Mühlen-Brunch, *Doctrina Pandectarum,* Bruxelles, 1838, § 4, pag. 83.

dell'*exercitor* nel secondo di una *culpa lata.* Se poi nel deterioramento o perimento della cosa fosse intervenuto colpa, o anche dolo di terze persone, fossero pure dipendenti dall'*exercitor*, questi non era tenuto a rispondere, se non coll'azione *nossale* pei fatti dei propri figli o schiavi.

Così stando le cose, è facile vedere quanto poche fossero le garanzie offerte a coloro che si valevano degli armatori, anche avuto riguardo alla scarsa moralità della gente che esercitava il mestiere di marinaio o barcaiuolo. A tali inconvenienti, come al solito, riparò il Pretore con il suo Editto, gravando la mano sopra gli armatori e i conduttori di alberghi o stalle.

A tale uopo egli concesse a coloro, i cui effetti deposti nella nave fossero stati danneggiati, distrutti o sottratti, tre azioni che potevano farsi valere contro l'*exercitor*. Queste tre azioni erano:

1° L'*actio in factum de recepto in simplum.*

2° L'*actio in factum de recepto in duplum ob damnum iniuria datum.*

3° L'*actio furti adversus nautas.*

Delle due prime, che costituiscono il così detto *receptum nautarum,* parla il tit. 9 del libro IV del Digesto, in cui i compilatori le hanno confuse insieme: della terza il tit. 5 del libro XLVII del Digesto.

Diciamo separatamente di ognuna di esse; anzitutto, quindi, dell'*actio in factum de recepto in simplum.*

11. — *Nautae, caupones, stabularii, quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos iudicium dabo.*

Così era formulato l'Editto del Pretore.

La responsabilità dell'armatore risulta dunque dal solo fatto di aver ricevuto a bordo gli effetti del viaggiatore, o le merci. Nessuna altra condizione è necessaria perchè questa azione possa essere esercitata.

Quanto al fondamento giuridico di tale responsabilità l'opinione più accreditata è che derivi da un tacito contratto:

altri vuole che derivi da un quasi contratto, o da un patto pretorio (1).

Qualunque però possa esserne il fondamento giuridico, ciò che a noi interessa sapere, è che l'esercizio di questa azione era estremamente agevole, non dovendo l'attore provare che il fatto della ricezione, e il danno sofferto dalle cose sue.

Le merci potevano essere state ricevute, oltre che dall'armatore direttamente, anche dal *magister navis*, o da qualunque altra persona fosse stata da lui incaricata di questo ufficio (2).

Ricevuta dunque la merce nella nave l'armatore è obbligato, coll'*actio in factum de recepto*, a restituirla, o a restituirne il valore se perduta, o a risarcire il danno, se sia danneggiata.

L'armatore è tenuto, chiunque sia stato l'autore del danno, sia questo derivato dal fatto proprio dell'armatore, che dal fatto delle persone dell'equipaggio, e, perfino, degli altri passeggieri (l. 1, § fin. *naut. caup. stab.* Dig. IV, 9).

Contro l'azione del recepto non può l'*exercitor* opporre che una eccezione: che il danno è avvenuto per forza maggiore (l. 3, § 1, in fin. *nautae caup. stab.*).

12. — Dell'*actio in factum*, a somiglianza di quella *legis Aquiliae*, si occupano le ll. 6 e 7 del Dig. *nautae caup.* l. 19, § 2 *de nox. act.* Dig. IX, 4. Dell'*actio furti* il tit. 5 del libro XLVII.

La ragione per cui il pretore costruì queste due azioni penali fu quella di estendere agli armatori la responsabilità

---

(1) Credono che derivi da un tacito contratto: ARNDTS-SERAFINI, *Trattato delle Pandette*, § 289; GLÜCK, *Comm. alle Pandette*, l. IV, §§ 486 e 487 e LANDUCCI, note al Comm. del Glück, Milano, 1890, pagg. 380; GIANTURCO, *Albergatori ed alberghi* nell'*Enciclopedia del Mancini*, pagg. 1066 e segg.; WEBER, *Systematisch Entwikelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit*, § 27, pagine 80 e segg. Credono che derivi da un quasi contratto o da patto pretorio: FABER, *Rational. ad Pandectas*, l, 1, h. l.; VAN WETTER, *Les obligations en droit Romain*, Vol. III, pagg. 326 e segg.

(2) l. 1, § 2 e 5, *naut. caup. stab.*, Dig. IV, 9. V. pure GLÜCK, *op. cit.*, Milano, 1890, IV, pag. 386.

che incombeva alla gente posta al loro servizio, per i danni che avessero recato ai passeggieri.

L'*actio* a somiglianza di quella *legis Aquiliae* è un'azione penale: essa infatti tendeva ad ottenere una condanna al doppio del danno (1). La responsabilità dell'*exercitor* però in forza di essa non si estende, come per l'*actio ex recepto,* anche ai fatti dei passeggieri, ma solo a quelli di coloro che egli ha assunti come suoi dipendenti (2).

Il carattere personale che ha quest'azione esclude che possa darsi contro gli eredi dell'*exercitor.*

Come si regola il concorso dell'*actio in simplum ex recepto* coll'azione penale di cui parliamo? Possono ad un tempo darsi l'una e l'altra? Certamente: l'*actio damni dati quasi ex maleficio* è azione penale, perchè, come dicemmo, tende ad ottenere il doppio del valore della cosa: mentre l'azione *ex recepto* è *reipersecutoria :* ora un'azione *reipersecutoria* ed una azione penale non si escludono.

Concludendo, l'azione *in duplum ob damnum iniuria datum* non è altro che l'azione della legge Aquilia, la quale si potrebbe far valere contro l'autore del danno, trasportata contro l'*exercitor :* aggravata però nel senso che la condanna non è al solo maggior valore della cosa nei trenta giorni precedenti il danno, ma sempre al doppio del danno. Il fondamento razionale su cui si basa, è una specie di *culpa in eligendo : Hac autem actione suo nomine exercitor tenetur culpae scilicet suae, qui tales adhibuit* (3). Oltre alle due azioni di cui abbiamo fin qui discorso competeva a chi fosse stato danneggiato per opera di gente al servizio dell'*exercitor,* contro di questi un'altra azione, l'*actio furti adversus nautas,* qualora il danno fosse derivato da furto.

Con questa azione l'armatore è responsabile solo pel fatto

---

(1) l. 7, § 1, Dig. h. t.
(2) l. 6, § 3, Dig. h. t.
(3) l. 7, § 4, Dig. h. t.

di coloro che sono addetti alla nave, qui *navis navigandae causa in nave sunt,* e non quindi dei passeggieri (1).

Questa azione è *in factum,* e mira al *duplum* del valore della cosa rubata. L'attore ha la scelta tra l'azione civile di furto contro il ladro, e quella onoraria contro l'*exercitor* (l. 3, Dig. h. t.).

12 *bis.* — Abbiamo per tal guisa delineato il più esattamente che ci è stato possibile la posizione giuridica dell'*exercitor* pel diritto Romano. Contro di lui competono: per i fatti leciti ed illeciti del *magister,* l'azione *exercitoria* larghissima e severissima; per i fatti dell'equipaggio e dei passeggieri, le tre azioni del *receptum,* ancora più rigorose. Sembra davvero che ad ogni piè sospinto il legislatore Romano tenga ad aggravare questa già grave responsabilità.

Ci resta ora a vedere se — almeno — la facoltà d'abbandono della legislazione francese ed italiana, il sistema della esecuzione ristretta alla nave, della legislazione germanica, trovino riscontro in altri istituti di diritto Romano, come è stato creduto da alcuni, e nel diritto romano possano trovare origine ed appoggio.

Due istituti sono stati citati a questo proposito: la *noxae deditio* e l'*actio de peculio* (2).

a) *La noxae deditio.* — Vedemmo già come, per diritto Romano, nessuno fosse responsabile dei fatti altrui: ciò tanto per i delitti e quasi delitti che per i contratti e quasi contratti. Applicando quindi rigorosamente tale principio il padrone dello schiavo non avrebbe dovuto rispondere dei delitti di questo: per conseguenza chi fosse stato offeso da uno schiavo

---

(1) § 1 e § 6, *Furti adversus nautas,* Dig. XLVII, 5.

(2) Romain de Sèze, *De la responsabilité des propriétaires de navires et du prêt fait au capitain en cours de voyage,* Paris, 1883, pagg. 42. Egli dice: «Per giustificare la responsabilità ristretta al peculio ed allo schiavo è bastata l'equità. Il diritto d'abbandono si riattacca a quest'ordine di restrizioni, quindi vi è analogia tra l'abbandono dello schiavo e l'abbandono della nave. Quale schiavo indocile si può paragonare alla nave in preda agli attacchi furiosi del mare» ?

non avrebbe avuto alcun modo di far valere i propri diritti: contro il padrone non avrebbe potuto, in virtù del principio già esposto: contro lo schiavo neppure, perchè lo schiavo non essendo fornito di capacità giuridica, non avrebbe potuto essere convenuto in giudizio: o se convenuto e condannato, non avrebbe potuto soddisfare l'obbligazione derivante dalla condanna.

Le azioni nossali provvidero a questo stato di cose: in virtù di esse, il padrone di uno schiavo risponde del delitto di questi, salvo la facoltà di fare alla parte lesa l'abbandono dello schiavo colpevole: *noxae deditio*. Ora è appunto in questo abbandono nossale che si vuol vedere l'origine dell'odierno abbandono della nave e del nolo da parte dell'armatore.

Ma — a noi pare — non si tratta che di una semplice analogia di nome, dalla quale sarebbe troppo voler derivare una relazione storica o logica tra i due istituti.

A prescindere da due capitali ragioni, in primo luogo che — come vedremo in appresso — diversa è l'origine dell'abbandono marittimo; in secondo luogo che nel sistema del diritto Romano — come abbiamo già visto — la responsabilità dell'armatore era disciplinata da norme affatto diverse ed eccezionalmente rigorose; a prescindere da ciò, ripetiamo, ci potremo facilmente persuadere della nessuna connessità che esiste tra i due istituti in esame, quando si consideri il fondamento logico e storico dell'uno e dell'altro.

Come ben dice lo Schupfer, il padrone non rispondeva di una colpa sua propria, ma come difensore forzato del *caput nocens* su cui veramente ricadeva la responsabilità (1). L'intervento in causa del padrone era imposto da ragioni di necessità pratica, perchè altrimenti l'offeso non avrebbe avuto alcun modo di farsi risarcire il danno sofferto in seguito al delitto dello schiavo. Ma il risarcimento del danno, le pene del doppio, del triplo, del quadruplo ecc., sancite dalle leggi Romane non sono che un surrogato, un sostitutivo che il progredire della civiltà,

(1) SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni*, Padova, 1868, pagg. 576.

lo svolgersi del diritto, l'afforzarsi dello Stato crearono e soprapposero a quello che era nei primordii della società Romana, l'unico mezzo di repressione dei reati. Pare — dice lo Ihering, — che i costumi Romani abbiano avuto una predilezione per la forma di vendetta per la quale l'offeso si impadroniva della persona del suo avversario e non lo rilasciava che soddisfatto (1). Il Dirksen ha emesso la congettura che le azioni nossali contenessero originariamente, in modo assoluto, la domanda di consegna della persona che aveva causato il danno affine di potere esercitare su di essa la vendetta privata (2).

Ciò posto era naturale che, qualora il padrone non avesse voluto addossarsi la responsabilità dei delitti dei suoi schiavi, riprendesse vigore l'antico principio, ed egli fosse obbligato ad abbandonarlo all'offeso, perchè questi potesse vendicarsi su di essi, o indennizzarsi a mezzo dei loro servigi. Tutto ciò è tanto vero che il diritto dell'offeso era un diritto reale vero e proprio; talchè l'azione non si esperiva già contro colui che era proprietario dello schiavo al momento in cui il danno fu recato, ma contro il proprietario *attuale* dello schiavo: il che si esprimeva colle parole: *noxa caput sequitur*. Quindi allorchè uno schiavo aveva perpetrato un delitto, e poi veniva manomesso, egli ne rispondeva anche dopo la manomissione, ma naturalmente l'azione nossale assumeva in questo caso il carattere di un'*actio ex delicto*. Viceversa, se un uomo libero commetteva un reato e poi diventava schiavo, l'*actio ex delicto* assumeva il carattere di un'azione nossale (3).

---

(1) Lo IHERING trae questa conclusione da ciò che il diritto posteriore concedeva espressamente tale facoltà in parecchi casi: per esempio, nel caso del *furtum manifestum* in cui il ladro preso in flagrante delitto è aggiudicato dall'autorità al derubato: nel caso del debitore insolvibile, e in tutti i delitti commessi dagli schiavi e dai figli di famiglia pei quali sono date le azioni nossali colla conseguente facoltà di *noxae dedere*. V. IHERING, *L'esprit du droit Romain*. Trad. di O. de Meulenaere, Paris, 1886, Vol. I.

(2) DIRKSEN, *Civilistiche Abhandlungen*, Vol. I, pag. 104 citato da IHERING, *op. cit.*

(3) GAIO, *Inst.*, IV, 77; l. 20 *de noxal. act.*, Dig. IX, 4; l. 1, § 2 *de priv. delictis*, XLVII, 1. V. SCHUPFER, *op. cit.*, pag. 577.

Da ciò risulta dunque che la *noxae deditio,* il diritto d'abbandono da parte del padrone dello schiavo colpevole di un delitto, aveva la sua origine ed il suo fondamento: 1º nel rapporto di *herilis potestas* intercedente tra il *dominus* e il servo; 2º nel principio della vendetta privata che dovette essere molto saldo e diffuso nei primordi del diritto Romano (1).

Che cosa può dunque avere di comune l'abbandono nossale coll'odierno abbandono marittimo? Quello si dava per le obbligazioni derivanti esclusivamente da delitti dello schiavo, e si esplicava mediante l'abbandono dello schiavo stesso autore del delitto: questo si dà per le obbligazioni derivanti da delitti e contratti del capitano e da delitti dell'equipaggio, e si esplica mediante l'abbandono del capitale affidato all' industria marittima: il fondamento del primo è un ritorno dell'antico principio della vendetta privata: il fondamento del secondo è un principio d'equità con cui si vuol diminuire la troppo grave responsabilità dell'armatore: l'abbandono nossale deriva principalmente da ciò, che il diritto che nasce per il fatto dello schiavo è un diritto reale, circoscritto allo schiavo autore del danno (*noxa caput sequitur*), mentre l'abbandono marittimo non è che una limitazione alla responsabilità *personale* dell'armatore.

Per tutte queste ragioni dobbiamo concludere — ripetendo quello che abbiamo detto fin dal principio — che l'analogia

---

(1) Contro l'opinione dello IHERING, del DIRKSEN e BEKKER, il CUQ, *Les institutions juridiques des Romains,* Paris, 1891, pagg. 369 e segg., crede che l'abbandono nossale sia una conseguenza della concezione primitiva dell'obbligazione. In Roma antica il diritto del creditore si esercitava sul corpo del delitto. Il debitore non poteva sfuggire alla *manus iniectio* che pagando il suo debito. Quando il torto era stato commesso da un figlio di famiglia o da uno schiavo, il diritto del creditore non era modificato: si esercitava sempre sul corpo dell'autore del delitto. Ma il padre o padrone aveva la facoltà di sottrarlo al creditore pagando il danno.

Ma, come ognun vede, il ragionamento nostro non cambia: anche secondo questa teoria, il fondamento dell'abbandono nossale resta sempre totalmente diverso da quello dell'abbandono marittimo.

tra l'abbandono nossale e l'abbandono marittimo delle legislazioni moderne si arresta — esclusivamente — al nome (1).

b) L'actio de peculio. — Come eccezione al principio che lo schiavo, non avendo capacità giuridica, è considerato come uno strumento nelle mani del padrone, e quindi che tutto quanto egli acquista, è bensì proprietà di questi, ma le obbligazioni da lui contratte non possono legarlo in alcun modo (*per servos conditio nostra melior fieri potest, deterior non potest*), come eccezione a questo principio il Pretore concesse azione contro il *dominus* che avesse affidato un peculio allo schiavo, nei limiti del peculio. Dal peculio si deduce l'ammontare dei crediti del *dominus* verso lo schiavo: non si intende per peculio che i beni restanti dopo questa deduzione.

Le azioni nossali, come dicemmo, non si davano che per i delitti e quasi delitti dello schiavo: l'*actio de peculio*, al contrario, non si dava che per i contratti o quasi contratti: dal che si vede come i due istituti si completano a vicenda, fondati come sono egualmente sul medesimo rapporto di *patria* o *herilis potestas*.

Basta il solo fondamento su cui riposa questa azione per far risaltare che nessuna relazione storica o logica può avere con essa la limitazione che le moderne legislazioni marittime pongono alla responsabilità degli armatori.

E se ne vuole una prova? L'azione *de peculio* è perpetua: ma dopo la perdita della potestà patria o dominica non dura che per un anno utile (2). Anche qui si tratta, in qualche modo, di un'azione reale; rotto il legame che univa lo schiavo, o figlio, e il padrone o padre, cessa anche l'obbligo di questi.

---

(1) Il WAGNER, *Handbuch des Seerechts* nell'*Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft* del BINDING, Leipzig, 1884, vol. I, pag. 179, crede che l'abbandono nossale dei Romani abbia avuto influenza sullo stabilirsi del sistema dell'abbandono nel diritto marittimo dopo il XVII secolo. V. in seguito la ragione per cui non crediamo esatta tale opinione.

(2) l. 1 pr. § 1 e 3 a 6 *quando de peculio*, Dig. XV, 2; VAN WETTER, *Les obbligations en Droit Romain*, pag. 25; WENDT, *Lehrbuch der Pandekten*, Jena, 1888, pag. 445.

Ancora. La responsabilità *de peculio* è una deroga al principio che lo schiavo non può obbligare il padrone, è una eccezione alle regole della non ammissione della rappresentanza; sicchè la limitazione al peculio di tale responsabilità non è che un ritorno parziale alla regola generale: al contrario, le limitazioni alla responsabilità dell'armatore sono una vera e propria deroga al principio universalmente ammesso nel diritto moderno che il rappresentante obbliga il rappresentato, e che chi si obbliga, obbliga tutti i suoi beni.

Come si potrebbe poi affermare che la nave affidata al capitano sia un peculio nelle sue mani? Il figlio di famiglia o lo schiavo non avevano solo l'amministrazione del peculio, ma potevano disporne: essi lo conservavano anche quando erano emancipati o affrancati. Col peculio lo schiavo pagava il proprio affrancamento al padrone.

Del resto le due questioni che abbiamo fin qui trattato solo per amore di completezza non meritano l'onore di una lunga discussione. Basta por mente al fatto che insieme all'*actio de peculio* ed alle azioni nossali coesisteva, anzi apparteneva allo stesso gruppo delle azioni *adiecticiae qualitatis,* l'*actio exercitoria* che, senza alcuna limitazione, teneva responsabile l'armatore delle obbligazioni e dei delitti del *magister navis,* e l'*actio de recepto,* il che esclude necessariamente che, nel sistema del diritto Romano, il rapporto di *patria* o *herilis potestas* potesse diminuire la responsabilità dell'armatore. È possibile ora che — scomparsi questi due istituti di diritto famigliare — se ne volessero far rivivere le conseguenze precisamente nel diritto marittimo, a proposito del quale il legislatore Romano era stato così severo?

13. — In conclusione, dunque, noi possiamo affermare senza tema di andare errati che il diritto Romano, importantissimo anche nella parte riguardante il commercio marittimo, ne sentì così bene i bisogni che a proposito di esso cominciò quel movimento che doveva in seguito condurre alla completa ammissione della rappresentanza che in esso, lungi dal trovarvi

alcuna base o fondamento del principio delle limitazioni alla responsabilità degli armatori, tale responsabilità, *in eccezione ai principii generali di diritto,* viene espressamente e rigorosamente accresciuta.

§ 2. — *Il diritto medievale.*

SOMMARIO. — 14. Il *contratto di commenda* nel medio evo. — 15. Il contratto di commenda della nave. — 16. Organizzazione dell' industria marittima nel medio evo ed influenza che ebbe su di essa il contratto di commenda. — 17. Responsabilità del *padrone della nave* nel *Consolato del mare.* — 18. Responsabilità dei *partecipi.* — 19. Riassunto del sistema del *Consolato.* — 20. La *Félag* (commenda) dei paesi del Nord dell'Europa (Islanda, Svezia, Olanda, Germania) e la responsabilità degli armatori. — 21. Sistema dei paesi del nord-ovest d'Europa.

14. — Uno dei fattori più importanti del risorgimento del commercio nel medio-evo è, senza dubbio, la diffusione del contratto di commenda. È appunto nel commercio marittimo che il contratto di commenda ebbe le sue più larghe applicazioni. Lo vediamo infatti sorgere nelle città marittime, a Genova, Pisa, Venezia. La più antica memoria che se ne ha risale al 1038, ed è un atto notarile fatto a Venezia, e precisamente una carta di divisione di patrimonio in cui i condomini comprendono nel riparto, insieme ai beni residui, anche *omnes collegantias, commendationes, praestitum atque negotium* (1). A Genova si hanno traccie di questo contratto negli *Statuta consultae Ienuensis* del 1143. A Pisa il contratto di commenda era disciplinato dalle rubriche 21-26 del Costituto dell'uso del 1161 (2).

La natura stessa del resto di questo contratto doveva far sì che si applicasse specialmente al commercio marittimo. Esso consisteva in un rapporto giuridico, in forza del quale uno dei contraenti dava all'altro un capitale consistente in merci o

---

(1) V. BARACCHI, *Le carte dal 1000 al 1100 che si conservano nell'Archivio notarile di Venezia.* In *Archivio Veneto,* V, 315.

(2) LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane,* Milano, 1884, pag. 165, n. 2.

denaro, perchè recandosi all'estero (per lo più oltre mare) lo impiegasse in speculazioni commerciali e in compenso prendesse una parte dei lucri (1).

Colui che dava il capitale dicevasi *commendator, accommendator* od anche *capitaneus*, o, semplicemente, *creditor* : colui che riceveva il capitale per negoziarlo dicevasi *accommendatarius, commendatarius, commendarius*, o anche *debitor* (2).

Conseguenza di questo rapporto giuridico era che colui, il quale dava a commenda le merci o il danaro, non compariva affatto nelle contrattazioni che il commendatario stipulava coi terzi. Quest'ultimo si obbligava in nome proprio, talchè il commendante non rischiava, in alcun caso, che il capitale o le merci confidate al commendatario (3).

15. — Data la diffusione e l' importanza del contratto di commenda, nulla di più naturale che esso potesse avere per oggetto una nave: in altri termini, doveva esser frequente il caso in cui il capitale commendato, affidato al commendatario, fosse una nave: nel qual caso le regole proprie del contratto di commenda dovevano applicarsi eziandio ai rapporti tra il commendatario della nave e il proprietario, o proprietarii di essa.

Del contratto di commenda della nave parla spesso il *Consolato del mare:* così ai cap. 215 e 216 (4). Il capitolo 284 poi, corrispondente al 242 dell'edizione del Pardessus, contiene completamente delineata la figura giuridica del contratto di commenda della nave. Questo capitolo è intitolato: *De nau*

---

(1) Lattes, *op. cit.*, pag. 115; Ciccaglione, *Il contratto di commenda* nel *Filangeri*, anno 1886, pag. 333; Frémery, *Études de droit commercial*, Paris 1834, pag. 36; Endemann, *Studien in der romanischkanonistischen Wirthschafts und Rechtslehre*, Leipzig, 1874, 361 e segg.; V. pure Targa, *Ponderazioni sopra le contrattazioni marittime*, Livorno, 1755, cap. XXXIV, pagg. 126; Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrecht*, Stuttgart, 1891, pag. 259.

(2) Ciccaglione, *op. cit.*, pag. 333; Goldschmidt, *Universalgeschichte*, p. 263.

(3) Troplong, *Du contrat de société, Préface*, Paris, 1843, pag. 57; Ciccaglione, *op. cit.*, pag. 333.

(4) Traduzione del Casaregis, pagg. 210-211.

comanada per personers à algù che il Casaregis traduce: Di nave comandata per compagno ad alcuno.

Eccolo nella traduzione del Casaregis:

« Se alcuni buoni uomini, o alcuni mercanti averanno fatto parte ad alcuno in alcuna nave o naviglio, e quando la detta parte o parti averanno fatte e compiute, li detti buoni uomini o mercanti comanderanno o faranno comandita a quello, col quale loro hanno fatto le dette parti, che nella nave o naviglio lui per loro navica, se quello a cui la detta nave sarà stata comandata, ci aveva parte o no, lui è tenuto di navicare con la detta nave o navilio, e di guadagnare dove e in tutte le parti lui guadagnare ne potrà. Salvo imperò tutto accordo o comandamento che dalli detti buoni uomini, o mercanti li sarà stato fatto il giorno, che la della nave li comandarono, o di poi; e se il detto al quale la detta nave sarà stata comandata, guadagnerà, lui è tenuto di rendere e di dare alli detti buoni uomini, o mercanti, tutto il guadagno che la detta nave o navilio avrà fatto. Salvo il diritto che lui avere ne debba o avere ne doverà per la parte che lui ci avesse, e se parte alcuna non ci averà, o lui se nè può ritenere tutto quello che a lui ne appartenga per la sua persona tutto e in tanto, come tocca a padrone di nave o di navilio, e se il detto padrone o comandatario non porterà guadagno, anzi porterà consumamento, li detti buoni uomini, che la nave li comandorno o li ferono parte, e lo ferno Signore del loro, debbano ricevere a conto il detto consumamento se già provare non li potranno, che il detto consumamento fosse stato per colpa sua ».

In questo capitolo dunque si fa l'ipotesi che più persone siano diventate comproprietarie di una nave ed abbiano affidato la nave a titoto di commenda ad uno dei comproprietari od a un terzo. Il commendatario, sia o no comproprietario, è tenuto a far navigare la nave e speculare con essa dovunque e ovunque possa, sempre stando alle istruzioni dei comproprietarii della nave. Il lucro o la perdita derivante dalla spedizione sono a vantaggio o a carico dei commendanti, salvo il diritto al commendatario di partecipare al guadagno per la

sua parte se è anche comproprietario, o di ricevere una congrua ricompensa, se non lo è.

Stando però ai principii del contratto di commenda, l'accommendatario che, come dicemmo, è una specie di socio gerente dell'accomendante, stipula in proprio nome, e resta illimitatamente obbligato; i comproprietari della nave invece non restano obbligati che fino a concorrenza delle loro quote, ossia della parte di nave che loro spetta (1).

Come risulta dal passo del Consolato, il socio commendatario di una commenda di tal sorta si chiamava *padrone della nave* (*senyor de la nau*) e della nave stessa per tutto il tempo in cui durava la commenda, era considerato come padrone (*e lo ferno signore del loro*) (2).

16. — L'organizzazione dell' industria marittima, quale si trova descritta nel *Consolato del mare,* non è che il risultato di un ulteriore svolgimento del contratto di commenda: anzi si riduce ad una generalizzazione di quella forma particolare di commenda che aveva per oggetto la nave (3).

Tra le persone che intervenivano nell'industria marittima, quale la troviamo organizzata nel *Consolato del mare,* le più importanti sono: il *padron della nave,* i *compartecipi* o *partecipi,* e il *nocchiero.*

La costruzione di una nave o vascello era, come oggi, anche a quei tempi, impresa costosa e tale che, per accingervisi, ordinariamente si ricorreva a più persone le quali, contribuendo ciascuna per una parte, fornivano in tal modo la somma rilevante necessaria allo scopo. Colui dunque che prendeva l' iniziativa della costruzione di una nave, coll' intenzione di farla navigare sotto la sua direzione, si chiamava *padron della*

---

(1) Della commenda della nave parla pure il GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrecht,* pag. 259 n. 89 a.

(2) Cfr. anche il cap. 215, *Di comandita di nave.*

(3) Il primo scrittore, che abbia spiegato le condizioni della industria marittima nel medio evo, risalendo al contratto di commenda, è il FRÉMERY nei suoi celebri *Études de droit commercial.*

nave (*Senyor de la nau*). Per far ciò, naturalmente, aveva bisogno di capitali: si rivolgeva dunque a persone che avessero potuto fornirglieli perchè prendessero interesse all'impresa. Questi capitalisti si chiamavano *compagni, compartecipi, partecipi* (*personers, actionnaires,* come traduce il Pardessus).

Dice il Consolato (cap. 47 dell'Ediz. di Barcellona): *Com lo Senyor de la nau o del leny començarà de fer la nau è volrà fer parts ell deu dir è fer entenent als personers de quantes partes la farà è de quin gran, è quant haurà en pla, è quant haurà en sentina, è quant obrirà, è quant haurà per carena.* Vale a dire che quando un padrone di nave intraprende a costruire una nave, se vuol dare ad altri delle parti d'interesse in essa nave, deve dichiarare ai partecipi in quante parti la dividerà, e le precise dimensioni della nave.

Le parti, in cui la nave si divideva, si chiamavano carati: ordinariamente ogni nave si divideva in 24 carati (1).

Obbligatisi i partecipi a prendere una determinata parte d'interesse sulla nave da costruirsi, essi devono eseguire interamente la loro obbligazione; non solo, ma il padrone della nave può prendere danari in prestito a loro nome, per quella parte che ancora non hanno conferito (Cap. 46 ediz. ital.).

Ordinariamente, anche il padrone della nave aveva una parte d'interesse nella nave; egli deve essere preferito, se vuol comprare le parti che gli altri compartecipi pongono in vendita: se poi volesse vendere la sua, i partecipi sono obbligati a comprarla (Cap. 53) (2).

Questi ultimi non possono vendere ai terzi le loro quote se non col consenso del padrone della nave (Capitolo 53).

Il padrone della nave è preposto alla costruzione ed all'esercizio della nave: egli deve render conto del guadagno o perdita di ciascun viaggio (3).

---

(1) TARGA, *op. cit.*, cap. IX, pag. 23.

(2) Quando citeremo, senz'altro, il Capitolo, intenderemo riferirci alla traduzione del CASAREGIS.

(3) Capp. 37, 38, 39.

Ognuno vede, come qui ci troviamo di fronte ad un vero e proprio rapporto di commenda (1): i partecipi affidano al padrone della nave le loro rispettive parti che nell'insieme costituiscono la nave, perchè faccia fruttare il loro capitale.

Al padrone della nave sugli utili spettano due parti: una come partecipe l'altra come padrone (2).

Il concetto che il rapporto fra padrone e partecipi fosse un rapporto di commenda lo troviamo chiaramente espresso nel consolato (3). *Tot senyor dè nau o leny es è deu esser dit è rebut per* commendatari *en tots los negocis que ell haurà a fer ab mercaders per rao de sa nau o leny* che il Casaregis traduce: perchè ogni padrone di nave o navilio è e debba esser detto e ricevuto per mercante e per commendatario in tutte le facende che lui haverà a fare con mercante per conto della sua nave o navilio (4).

Se differenza v'è tra la ordinaria commenda e questa di genere particolare che corre tra i partecipi di una nave, e il padrone, è questa che nella prima prevalente è la posizione del socio accomandante o socio capitalista, mentre la posizione del socio accomandatario o socio d'industria è, relativamente, subordinata: invece nella seconda la posizione del padrone della nave è prevalente. Anzitutto è egli che prende l'iniziativa della costruzione della nave, che sceglie i partecipi, che invigila e dirige, in certo qual modo, la costruzione della nave, che l'arma e la fornisce di tutto il necessario (5).

Senza il suo consenso — come dicemmo — i partecipi non possono alienare le loro quote: egli invece può noleggiare in

---

(1) Il GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrecht* dice: « *ist der patronus Schiffscommendatar so trifft ihn gleichfalls die persönliche Haftung des dirigirenden Rheders*, pag. 340, n. 25.

(2) *Guidon de la mer* XVII, 4. Consolato, cap. 284.

(3) Cap. 295 dell'ediz. di Barcellona.

(4) Cap. 229.

(5) Cap. 81.

blocco la nave (1) può anche venderla senza permesso dei partecipi, purchè dia a ciascuno la sua parte sul prezzo: solo nel caso che i partecipi rifiutino il prezzo è tenuto a restituire loro la nave venduta o altra di egual valore (2).

Del resto che la posizione del padrone della nave fosse prevalente, lo dimostra il suo nome stesso (*Senyor de la nau*). Talchè potremmo dire che il rapporto di commenda aveva fatto un passo avanti, per accostarsi alla vera e propria società in accomandita: anzi ad una società in accomandita per azioni. Il socio accomandatario — padrone della nave — è il solo che comparisca di fronte ai terzi, coi quali contratta, e resta — come vedremo — illimitatamente obbligato: i soci accomandanti — partecipi — si dividono il capitale sociale costituito dalla nave, ognuno per una o più quote.

Il padrone della nave, dunque, lungi dall'essere un semplice preposto dei partecipi, è il socio gerente di essi, nella sua persona si compendia la società che rappresenta: è per suo mezzo che i terzi hanno rapporto colla società: i partecipi non compaiono minimamente: tutti i loro rapporti sono di ordine esclusivamente interno, e si arrestano al padrone della nave. Essi non sono armatori nel senso che diamo oggi a questa parola: sono soci accomandanti dell'armatore: il vero *exercitor* è il *padrone della nave*.

Per conseguenza è un errore il credere che il padrone della nave fosse — senz'altro — quello che oggi diciamo il Capitano, cioè un preposto degli armatori, un impiegato destinato a dirigere la nave: egli era il vero e proprio armatore, colla sola differenza che viaggiava colla nave ed esercitava anche — in parte — le funzioni di capitano. Diciamo in parte, perchè, a voler esser precisi, le funzioni nautiche a bordo, la direzione tecnica della nave, spettava al *nocchiero*.

È vero che, spesso, nel Consolato e nelle altre fonti di diritto marittimo nel medio-evo, si parla del padrone della

(1) Cap. 180.
(2) Cap. 253.

nave come esercitante a bordo funzioni tecniche, ma dal Consolato stesso appare chiaramente che chi — nel vero senso della parola — avea la direzione nautica della nave era il *nocchiero.* Così ci parla infatti delle sue funzioni il Cap. 60 del Consolato: *Il nocchiero ha potere di tutte altre cose fare con consiglio dei consiglieri di poppa di tagliare arbori e torre delle vele e di pigliare una volta e di fare tutto quello che appartenga alla nave.*

Riassumendo dunque quanto è stato detto finora noi possiamo affermare che il rapporto che corre tra *padrone di nave* e *partecipi* non è che uno svolgimento ulteriore del rapporto di commenda; che il vero armatore è il padrone della nave, mentre i partecipi sono semplicemente suoi soci accomandanti: che, infine, le funzioni tecniche di capitano erano piuttosto devolute al nocchiero.

17. — Dicemmo che il rapporto intercedente tra il padrone della nave ed i partecipi è un vero rapporto di commenda. Secondo i principî del contratto di commenda dunque il padrone della nave avrebbe dovuto essere *personalmente* ed *illimitatamente* tenuto per le proprie obbligazioni: fossero queste derivate da contratto o colpa propria, o da colpa dell'equipaggio e delle persone da lui discendenti: i partecipi invece, solo fino a concorrenza della loro quota.

Ed è questo appunto il sistema accolto dal Consolato, come provano chiaramente alcuni passi che citeremo.

Ed anzitutto il padrone della nave è *personalmente* obbligato pei contratti che conclude. Il cap. 236 del Consolato (239 dell'Edizione di Barcellona) fa l'ipotesi che il padrone della nave abbia preso a prestito per la necessità della nave, e dice: *Se la nau serà in algun loch, e a quell prestador se volrà pagar del prestech que ell fet haurà : si lo senyor de la nau haurà diners seus o d'altre, o ell tendrà algun comù de la nau, ell es tengut de pagar a quell prestador.*

Lo stesso è affermato nel capitolo 106 che tratta del caso in cui la nave manchi di vettovaglie, ed il padrone obblighi

i mercanti o caricatori che sono a bordo, se ne hanno, a prestargliele (1).

Più numerosi sono i passi in cui si consacra il principio che il padron della nave è *personalmente responsabile* delle colpe sue e dei suoi dipendenti. Fra questi citeremo il capitolo 89, il cap. 61, il cap. 77, il cap. 179, e, specialmente i capp. 183 e 224.

Il cap. 83 dice: « Padrone di nave che noleggierà la sua nave a mercanti a scarso o a conterate: se il patron della nave metterà o porterà robba sopra coperta senza volontà o licentia dei mercanti, se quella robba ... si perderà o guasterà... il patrone della nave è tenuto di restituire e di dare tutta quella robba, che per la ragione di sopra fosse persa o guasta, o il valore di quella, al mercante di chi sarà, e se il patrone della nave non troverà di che pagare, debbasi vender la nave, che compagno nè prestatore, nè nessun altro ci possono contestare... e se la nave non bastasse et il patrone della nave havesse beni in altro loco, debbansi vendere tanto che il mercante sia satisfatto ».

Egual regola sancisce il cap. 224, nel quale è detto che «... se il patrone della nave non ha di che pagare, debbasi vendere la nave, e se la nave non basta, *et il patrone della nave havesse alcuni beni, quelli si debbono vendere per far compimento a quelli mercanti*.

18. — Al contrario del padrone della nave, i partecipi, i quali non facevano altro che commendare, affidare al padrone la loro quota di compartecipazione sulla nave, non restavano naturalmente obbligati oltre i limiti della quota.

Da tutti i passi del Consolato che abbiamo fin qui citati per dimostrare che la responsabilità del padrone della nave era personale, ma specialmente dai cap. 61, 183 risulta chiaramente questa regola: Che verso i creditori a qualsivoglia titolo restavano obbligati: il padrone della nave personal-

(1) V. pure Berlingieri, *Armatore*, pag. 800.

mente, e — come dice il consolato stesso al cap. 70 — *la nave*. Che cosa s'intende per responsabilità della nave? Nel Consolato la nave non ci è già rappresentata come una persona giuridica. La portata della frase invece ci è spiegata dal cap. 70 già citato, in cui si dà una regola generale importantissima per tutte le obbligazioni derivanti da danni sofferti dai caricatori, giacchè nel Consolato si parla spessissime volte di obbligazioni che si soddisfano sulla nave. Ecco il passo nel testo originale: *Tots los damnatges que son damunt dits e s' diran als capitols de mar que paga la nau, lo senyor y met sa part, è quascun personer per si, car tot ho paga la nau* (1). Vale a dire che in tutti i danni di cui si è detto e si dirà nei capitoli del mare che paga la nave, il padrone vi mette la sua parte ed ogni partecipe la sua, perchè la nave paga il tutto (2).

Quando adunque il Consolato stabilisce che un dato danno debba esser risarcito sulla nave, s'intende che ogni partecipe

---

(1) PARDESSUS, vol. 2, pag. 78.

(2) Il PARDESSUS, traduce: «Dans tous les dommages dont on a parlè et dont on parlera dans les chapitres de la mer le patron support sa parte de ce qui paye le navir, et chaque actionnaire la sienne, car le navire paye le tout». La traduzione non è esatta, e da tutto il contesto di essa, nonchè dalla nota 3 che il PARDESSUS vi fa, appare come egli abbia frainteso il testo. Questo dice: «Tots los damnatges que sont damunt dits e s' diran als capitols de mar *que* paga la nau etc.». Il *que* si riferisce evidentemente alla frase *tots los damnatges*, e non alla parola *part*, che segue come appare dalla traduzione del PARDESSUS. In altri termini il PARDESSUS intende il passo come una regola di questo genere: In tutti i danni di cui si è parlato finora e si parlerà, la nave è quella che paga e il padrone e i partecipi contribuiscono ognuno per la sua parte. Il senso vero invece è questo: quando si è parlato o si parlerà in questi capitoli di danni pagati dalla nave, si deve intendere che il padrone ed i partecipi vi contribuiscono ciascuno per la sua parte. E ciò è chiaro una volta che si dice che la nave paga il tutto (*car tot ho paga la nau*).

Così inteso il passo non è affatto in contradizione — come potrebbe sembrare a prima vista — con quello che abbiamo detto più sopra a proposito della responsabilità del padrone della nave. Questa è sempre personale, solo quando nel consolato si dice che la nave pagherà un determinato danno, invece di dire soltanto che il padrone è obbligato, s'intende che alla responsabilità personale del padrone subentra la più efficace garanzia che viene dalla nave stessa.

non può essere tenuto oltre la quota di partecipazione che ha sulla nave.

Questo concetto è ribadito da parecchi capitoli del Consolato. Anzitutto dal cap. 61 già citato. Poi dal cap. 224 (227 dell'Edizione di Barcellona) che parla del danno ricevuto dai caricatori *per mancamento d'ormeggiare* (Casaregis). « *Mas los personers no son tenguts de res esmenar sino la part que hanran en la man que altres bens no* ». Cioè i partecipi non sono obbligati a pagar nulla al di là della parte che hanno nella nave.

Infine il cap. 183 (186 dell'Edizione di Barcellona), il quale dice: *Mas los personers nosien tenguts sino tant solament que la part valrà que hauran en la nau.* I partecipi non saranno obbligati che per ciò che varrà la parte che avranno nella nave.

Questo per le colpe del padrone della nave. Quanto alle obbligazioni che egli contratta il Consolato non è così esplicito ma lo fa abbastanza chiaramente intendere al capitolo 239 dell'Edizione di Barcellona (Cap. 236 della Trad. del Casaregis) *Si lo senyor de la nau serà en loch ou no haurà personers, ne lo senyor de la nau tendrà comù de la nau, è ell farà manleutar per le raons què desus son dites; tot lo cominal de la nau ho ha a pagar que personers algù no y pot contrastar. Emperò si abans, que aquella manleuta que de sus es dita, sia pagada, si la nau se perdrà personer algù no n'es tengut de resa retre a quell qui prestat hi haurà pusque la nau serà rota è perdita. Guartse aquell ia com prestarà ne com no, que l' personer assats hi pert pus que la sua parte hi pert.* Se il padrone si trova in luogo dove non sono partecipi, e non avendo fondi comuni alla nave, prende denaro a prestito, tutta la massa della nave deve pagare il prestito, e nessun partecipe può opporsi. Ma se la nave si perde prima che il debito sia pagato nessun partecipe è obbligato a pagar nulla, dopo che la nave si sia perduta. Colui dunque che presta, guardi bene come presta, poichè il partecipe vi ha perso assai, quando vi ha perso la sua parte.

In questo passo, a vero dire, si parla solo del caso in cui la nave vada perduta. In tal caso dunque, i partecipi non sono tenuti a soddisfare il debito contratto dal padrone della nave. Ma per induzione si è voluto vedere, e non a torto, in questa decisione il diritto di abbandonare la nave ed il nolo per esimersi da ogni obbligazione verso i creditori, che hanno prestato al padrone, anche nel caso in cui la nave non sia perduta. A ciò si è giunti argomentando *a fortiori*. Se infatti il partecipe è liberato da ogni obbligazione quando la nave si perde, a più forte ragione potrà liberarsi cedendo al creditore la sua quota di compartecipazione sulla nave o — come dice immaginosamente il Frèmery (1) — consentendo a favore del creditore, a considerare la nave come perduta.

19. — In conclusione si può dire che sotto l'influenza del contratto di commenda applicato ai rapporti nascenti dalla compartecipazione della nave, e dall'esercizio di essa, valesse questa regola: che il *Padrone* della nave restava indefinitamente obbligato verso i terzi per i contratti da lui conchiusi, e per le colpe sue e dei suoi dipendenti: che i partecipi fossero invece responsabili solo fino a concorrenza delle loro quote.

Questo sistema trova, come dicemmo, la sua spiegazione storica nel contratto di commenda da cui ebbe origine, la sua spiegazione razionale nel fatto che il vero armatore era il padrone della nave, e questi, stando ai principî generali di diritto ed alla tradizione Romana, era personalmente ed illimitatamente responsabile.

Armatori — lo abbiamo già detto o lo ripetiamo — non erano già i compartecipi: quindi possiamo dire che è un errore il credere che la responsabilità limitata degli armatori trova la sua origine nel Consolato del mare. Non è esatto adunque quanto afferma un recentissimo scrittore francese,

---

(1) *Etudes*, pag. 184.

l'Auzoux, che cioè la restrizione alla responsabilità dei partecipi sia nata dai bisogni del commercio, dalla necessità, stante la grandezza dei rischi, e la lunghezza dei viaggi, di incoraggiare le persone che volevano darsi agli affari marittimi (1). La responsabilità limitata dei partecipi non era che una conseguenza puramente giuridica della loro condizione di soci accomandanti del padron della nave.

20. — Il sistema del Consolato, derivante dai principî della commenda, ebbe rigore e diffusione appunto in quei paesi dove ebbe vigore e diffusione il contratto di commenda, vale a dire in tutte le rive del Mediterraneo, di cui il Consolato stesso costituiva il diritto comune marittimo. In quei paesi invece in cui non si conobbe la commenda, e dove prevalsero altre fonti di diritto marittimo, non si conobbero le figure giuridiche del padrone della nave e dei compartecipi.

Tuttavia, in alcuni paesi del Nord dell'Europa, cioè in Islanda, Svezia, Olanda, Danimarca e Germania prevalse un sistema perfettamente analogo a quello del Consolato. Come ciò abbia potuto avvenire, ce lo spiega il fatto che in questi paesi era sorto da moltissimo tempo, in ambiente diverso, e quindi con forme diverse, ma basato sugli stessi principî, il contratto di commenda. Il Pappenheim ha recentemente dimostrato che fin dal 900 in Islanda si praticava, nell'industria commerciale, una specie di comunione di beni, detta *Félag* (2). Di questa società parlano: il *Gisla Saga Surssonar,* della metà del 10 secolo, l'*Heimskringla,* il *Gragas,* l'*Eigla,* il Codice del *Magnus Lagaboeter* (1274 e 1276) e l'*Ionsbok.*

Questa comunione di beni, o *Félag* — come la commenda sorse nel commercio marittimo.

Nei paesi dell'Ansa teutonica la commenda apparisce fin

(1) Auzoux, *De la faculté d'abandon en droit maritime,* Paris, 1894, pag. 82.

(2) Pappenheim, *Altnordische Handelgesellschaften* nella *Zeitschrift für d. ges. Hand.* XXXVI, pag. 85 e segg.; Rehme, *Die geschichtliche Entvikelung der Haftung des Reeders,* Stuttgart, 1891, pag. 64.

dal 1165 sotto il nome di *sendeve* (cioè commenda) e *Wedderleginghe* (propriamente *societas maris*) (1).

In tutte queste forme di commenda i rapporti giuridici sono gli stessi che nella commenda dell'Europa meridionale: colui che confidava le merci o i capitali (commendante) era obbligato solo fino a concorrenza della sua quota: colui che trafficava coi capitali ricevuti (commendatario) restava invece indefinitamente obbligato (2).

La commenda poi poteva anche avere per oggetto una nave, come già vedemmo nel diritto marittimo dei paesi del Mediterraneo, e le fonti scandinave ci dimostrano quanto fosse usato questo contratto (3).

L'influenza della commenda (*Félag*) doveva farsi sentire naturalmente nell'organizzazione dell'industria marittima in questi paesi, nei rapporti fra Armatore e Capitano e nella loro responsabilità rispettive.

Da tutte le fonti scandinave e germaniche, e specialmente dal *Gragàs* islandese e dal *Magnus Erikson* di Svezia (1357), risulta che colui, il quale dirigeva la nave e speculava con essa — in buona sostanza, il padrone della nave del Consolato — era quello che contraeva coi terzi, e ne restava personalmente ed illimitatamente obbligato: invece i rapporti dei comproprietari (partecipi) sono di ordine esclusivamente interno e si arrestano alla comunione. Il vero armatore, anche qui, è responsabile senza limitazione (4).

21. — Nei paesi del nord-ovest dell'Europa invece non si conobbe nè la *commenda* del Mediterraneo, nè la *Félag* islandese. Ivi il sistema del diritto romano ebbe vigore in tutta la sua estensione: il capitano della nave — agente commer-

---

(1) HÖHLBAUM, *Hansisches Urkundenbuh herausgegeben von Hohlbaum*, vol. 1, n. 17 vol. 3°, m. 96-76-593 citato dal REHME, *op. cit.*, pag. 65.

(2) PAPPENHEIM, nella *Zeitschrift*, XXXVI, pagg. 113 e REHME, *op. cit. loc. cit.*

(3) REHME, *op. cit.*, pag. 66.

(4) REHME, *op. cit.*, pagg. 65 e 70.

ciale e comandante ad un tempo — è ritenuto come il preposto, l'istitore del proprietario, o dei proprietarî; per conseguenza la responsabilità di questi non conosce limitazioni.

Così, nei *Rooles* o *Iugements d'Oleron* ci è rappresentato il capitano. Art. 1° *Premierement l'en faict ung home mestre d'une neef: la neef s'en part du pays dont elle est, et vient à Burdeux ou à la Rochelle, ou aillours, et se frette pour aller en pays estrange; le mestre ne poet mye vendre la neef s'il n'a commandement ou proquracion des seignors; mès, s'il a mestier des despences, il poet bien mettre asquns des appareillz en gaige par conseil des compagnons de la neef* (1).

Da questo passo risulta chiaramente la posizione di semplice preposto in cui si trovava il Capitano. I proprietarî, veri e proprî proprietarî, nulla hanno di comune coi *personers* del Consolato.

Gli stessi concetti si trovano ripetuti nei *Iugements de Damme* o Legge di *Westcapelle* (Giud. 1°) nella legge di *Wisby* (Art. 15) e nelle *Consuetudini di Amsterdam Enhuysen e Stavern* (Art. 1 e 31).

§ 3. — *Il diritto moderno e le legislazioni vigenti.*

Sommario. — 22. Ulteriore evoluzione nell'organizzazione dell'industria marittima a partire dal secolo XV. — 23. La dottrina Italiana e dei paesi settentrionali d'Europa e la responsabilità limitata. — 24. La responsabilità limitata in Francia. L'ordinanza del 1681. La responsabilità limitata in Inghilterra. — 25. Le legislazioni vigenti. Legislazioni francese e di tipo francese. — 26. Legislazioni germanica e di tipo germanico. — 27. Legislazioni spagnuola e di tipo spagnuolo. — 28. Legislazione portoghese. — 29. Legislazione inglese. — 30. Legislazione degli Stati Uniti e russa.

22. — A partire dal XV secolo una grave trasformazione subirono le consuetudini vigenti tanto nei paesi del Mediterraneo, dove era sorto e si era diffuso il contratto di commenda,

---

(1) Pardessus, *Coll. de lois naut.*, vol. 1°, pag. 323.

quanto nei paesi settentrionali (Irlanda, Svezia, ecc.), dove era praticata la *Félag*. Infatti, a decorrere da quest'epoca, il contratto di commenda, nel Mediterraneo, la *Félag* nei paesi del Nord, cominciarono a cadere in desuetudine: altre forme ed altri istituti furono creati per sovvenire ai sempre crescenti bisogni del Commercio, e il ricordo dell'antica commenda andò sparendo dalla mente dei commercianti. Insensibilmente, in seguito a questo fatto, si andava anche cambiando il concetto del rapporto che correva tra il padrone della nave e i comproprietarii o partecipi. D'altra parte gli studi di Diritto Romano andavano risorgendo dopo l'arido periodo dei glossatori, e si andava manifestando quella tendenza cominciata coi postglossatori, e ben delineata coi giureconsulti dei secoli XVI e XVII, di applicare cioè il Diritto Romano alla vita pratica, creando in tal modo un diritto nazionale. Il diritto antico si trasforma in un diritto conforme ai tempi: avviene un connubio, una fusione tra la teoria e la pratica: questa ne è non solo aiutata ma nobilitata ed improntata di carattere scientifico: quella ne perde le qualità astratte, si rende accessibile ed utile a tutti ed è in questo modo penetrata di ciò che vi è di vivo nella società, ossia diventa un diritto fatto per le condizioni della società (1).

Naturale quindi che anche nel diritto marittimo si ritornasse, nella pratica, ad applicare i principii dei giureconsulti Romani, temperandoli, secondo i bisogni del commercio, con quelli che erano il portato della consuetudine tradizionale; connubio tra il vecchio ed il nuovo da cui non sempre la logica giuridica e i principii supremi di diritto poterono uscire salvi. Così avvenne eziando nel modo di considerare la figura giuridica del padron della nave e dei comproprietarii di questa. Il padron della nave cessò di essere il socio gerente dei partecipi, il vero armatore in sostanza, per ritornare il *magister* Romano, cioè il preposto dei proprietarii alla nave.

Ma, d'altra parte, eguale evoluzione non subirono le figure

---

(1) Calisse, *Storia del diritto Italiano*, Firenze, 1891, vol. I, pag. 257.

dei comproprietarii della nave i quali non ritornarono ad essere considerati — come la ragion comandava — dei preponenti che devono rispondere senza limiti delle obbligazioni e dei fatti del preposto: ciò repugnava a chi per secoli aveva considerato i partecipi di una nave come semplici soci accomandanti, i quali non potevano essere tenuti al di là del valore della loro quota: diremo di più, ciò non conveniva alla classe numerosa e potente dei proprietarii ed armatori di nave: quindi in questo punto prevalse l'antichissima consuetudine. In conseguenza di questa evoluzione, il padron della nave, semplice preposto dei partecipi, cessò di restare obbligato personalmente, giacchè egli stipulava non per conto proprio, ma per conto dei proprietarii della nave. Singolare amalgama — esclama giustamente il Fremery — per il quale il creditore non aveva alcuno personalmente obbligato!

23. — Ma in Italia, se il principio che finì col prevalere nella pratica fu quello che abbiamo esposto, ciò non accadde senza contrasto, specialmente da parte dei dottori che, basandosi sul diritto Romano, non facevano parola di alcuna limitazione, e continuavano a ritenere il padrone della nave obbligato in solido insieme col proprietario. L'amalgama che la pratica dei commercianti aveva introdotto in questa materia, ripugnava al loro senso giuridico: onde, poste da parte le incongruenze della consuetudine, continuarono ad insegnare la pura dottrina Romana.

Così lo Stracca insegna che i caricatori hanno la scelta nel convenire il *magister navis* o il *dominus* (1); il Roccus afferma che *contrahentes cum magistro navis habent electionem agendi vel contra magistrum vel contra dominum* (2). Il Targa si ferma a lungo sulla questione se il capitano possa obbli-

---

(1) Stracca, *Tractatus de mercatura seu mercatore*, Lugduni, 1558, pagine 238-241.

(2) Roccus, *De navibus et naulo* in *Responsa legalia*, Napoli, 1658, vol. II, pag. 365-369.

gare personalmente l'*exercitor*, e la risolve in senso affermativo (1).

È naturale che questa unanime tendenza dei dottori facesse sentire la sua influenza anche nella pratica del foro: onde, anche in tempi in cui la trasformazione nel modo di considerare la figura giuridica del capitano, era già avvenuta, si continuò a considerarlo nei tribunali come personalmente tenuto insieme coll'armatore per le obbligazioni da esso assunte (2). E la Rota di Genova sentenziava: *Contrahentes utrumque, idest, et exercitorem et magistrum habent obligatum, et utrumque velint, possint convenire* (3).

La stessa tendenza a considerare l'armatore come personalmente responsabile si manifestava in Ispagna, dove un autore del secolo XVII scriveva: ... *In casibus, in quibus obligati sunt magister et dominus navis, potest creditor exigere creditum ab unoquoque illorum in solidum* ... (4).

Nei paesi settentrionali d'Europa invece, Germania, Olanda, Svezia, dove il Diritto Romano aveva meno salde radici, non si badò al curioso amalgama che produceva l'innesto di alcuni principii di Diritto Romano sopra il vecchio tronco delle consuetudini marittime medievali. E così lo *Stadzlagh* svedese del 1618 al cap. XVI concede agli armatori facoltà di abbandonare la nave ed i suoi apparecchi (5). Così Grozio (6), Vinnio (7), Loccenio (8), Kuricke (9), Wedderkop (10) parlano delle limitazioni alla responsabilità degli armatori.

---

(1) TARGA, *Ponderationi*, cap. IX, pagg. 25-28.

(2) BERLINGIERI, *Armatore*, pag. 801, n. 2.

(3) *Decisione* 139, n. 6, ediz. Landry Lugduni, 1593.

(4) DE HEVIA, *Labyrinthus Commercii terrestri et navalis*, Firenze, 1702, Parte II, pagg. 20-21 (Trad. dallo spagnuolo).

(5) PARDESSUS, *Coll. de lois maritimes*, III, pag. 159.

(6) *De iure belli ac pacis*, l, II, c. IX, § 13.

(7) VINNIUS in *Peckium*, pag. 155.

(8) *De iure maritimo et nautico* in *Script. de iure marit. et naut. fasciculus*, Halle, 1740, pag. 1033.

(9) *Jus maritimum anseaticum* in *Scriptorum*, et. pag. 365.

(10) *Introductio in ius nauticum.*, Flensburg, 1575, pag. 6 e 7.

24. — In Francia la stessa costituzione politica di grande nazione unitaria, rese possibile una maggiore unità di norme in questa materia, sebbene le consuetudini dei paesi bagnati dal Mediterraneo continuassero ad essere sostanzialmente diverse da quelle formatesi sulle rive dell'Oceano, le prime ammettendo la limitazione di responsabilità, le seconde negandola risolutamente.

In Francia dunque per la prima volta la limitazione della responsabilità ebbe la sanzione legislativa. Ma il corso delle due diverse consuetudini fece sì che fosse riconosciuta alle sole obbligazioni derivanti da *colpa* del capitano, escluse quindi quelle derivanti da contratti da lui conclusi. Le ordinanze del febbraio 1415 (art. 17), del 1543 (art. 44), del 1584 (art. 7) contengono delle disposizioni particolari che limitano la responsabilità dell'armatore pei fatti illeciti del capitano al valore della nave confidata a questi (1).

Tale è appunto il sistema a cui pare si sia ispirata la celebre Ordinanza del 1681, la quale fece sentire la sua influenza sul diritto marittimo di quasi tutti i paesi d'Europa. L'art. 2°, del 2° libro tit. VII diceva: «*Les propriétaires de navires seront responsables des faits du maître, mais ils en demeureront dechargés en abandonant leurs bâtiments et le fret*».

Che volle decidere con queste parole il legislatore francese? Volle limitare la facoltà d'abbandono al caso di obbligazioni derivanti da colpa del capitano e dell'equipaggio, o intese estenderle anche al caso di obbligazioni derivanti da contratto del capitano? Tanto la dottrina che la giurisprudenza si scissero nell'interpretare l'Ordinanza. I Provenzali — dice il Fremery — imbevuti per tradizione costante del principio essenziale del contratto di commenda, videro in questo articolo la consacrazione della loro consuetudine. I giureconsulti, formati allo studio del Diritto Romano, e i porti settentrionali della Francia, interpretarono restrittivamente l'art. 2 e l'applicarono solo alle obbligazioni derivanti

(1) FREMERY, *Etudes*, pag. 188; AUZOUX, *De la faculté d'abandon*, pag. 83.

da fatti illeciti del capitano. In questa controversia i porti dell'Oceano ebbero per campione il Valin (1), quelli del Mediterraneo l'Emerigon (2).

I Tribunali del Nord accettarono la dottrina del Valin, quelli del Sud, per lo più, quella dell'Emerigon. Diciamo per lo più, perchè anche nei porti del Mediterraneo la dottrina dell'Emerigon trovò qualche resistenza. E così l'Ammiragliato di Marsiglia adottò in origine l'opinione restrittiva del Valin, ma il Parlamento ne riformò le sentenze, finchè anch'esso non si fu uniformato alla sua giurisprudenza (3). Ciò dimostra, a nostro parere, che, come in Italia, neppure nel mezzogiorno della Francia, la tradizione della responsabilità limitata fosse così universale come si vuol far credere.

I porti dell'Oceano persistettero sempre nella loro interpretazione tanto che l'Emerigon invocava « un regolamento che servisse d'istruzione ai capitani ed ufficiali di giustizia stabiliti nelle isole, dove la nuova giurisprudenza è ignorata, e dove si è indotti in errore dalle dottrine di Valin ».

Ma questo provvedimento non venne mai, e la controversia persistette durante tutto il XVIII secolo nella dottrina, come il dualismo nella giurisprudenza.

L'Inghilterra infine, in cui mai erano penetrati i principi sia della *commenda* del Mediterraneo, che della *Félag* nordica, si mantenne fedele al sistema della responsabilità illimitata, seguendo l'antica tradizione dei *Rooles d'Oleron*, della *Legge di Wisby*, e delle altre compilazioni del nord-ovest d'Europa (4).

25. — Diciamo ora qualche cosa delle legislazioni vigenti.

In Francia, il Codice di commercio del 1807 così discipli-

(1) VALIN, *Nouveau commentaire*, vol. I, pagg. 568 e 443.

(2) EMÉRIGON, *Traité des assurances et des contrats à la grosse*, Marseille, 1783, Cap. IV, Sez. XI.

(3) AUZOUX, *De la faculté d'abandon*, pag. 85.

(4) ABBOTT, *A treatise of the law relative to Merchant Ships and Seamen*, London, 1881, pag. 338-339; FOARD, *A treatise on the law of Merchant Shipping and to freight*, London, 1880, pag. 79.

nava la responsabilità degli armatori (art. 216): « *Tout propriétaire de navire est civilement responsable des faits du capitaine pour ce qui est relatif au navire et à l'expédition. La responsabilité cesse par l'abandon du navire et du fret* ».

Come si vede, questa redazione lasciava ancor viva la controversia già dibattuta tra il Valin e l'Emerigon. Ed infatti la giurisprudenza francese si divise, alcuni tribunali estendendo la parola *fatti* anche ai contratti del capitano, altri invece dichiarando che essa comprendeva solo i delitti e quasi delitti. E la discordia durò finchè non intervenne la Cassazione, la quale adottò senz'altro la opinione restrittiva (16 luglio 1827, 8 novembre 1832).

Le decisioni della Corte di Cassazione fecero molto rumore: gli armatori se ne allarmarono e promossero una potente agitazione per ottenere una interpretazione legislativa che li esonerasse da ogni responsabilità, concedendo in tutti i casi il diritto di abbandono. Si disse che una tale disposizione di legge sarebbe valsa a rialzare le sorti del commercio marittimo francese, che al contrario, l'interpretazione della Corte Suprema avrebbe allontanato i capitali dall'industria marittima. La coalizione degli interessi di classe, leva potente negli Stati costituzionali, produsse il suo effetto e il Governo francese preparò un progetto che modificava l'art. 216.

Il progetto fu presentato nel luglio del 1839 e votato dalla Camera dei Deputati il 24 gennaio 1840. Ritirato dal Governo per apportarvi alcune modificazioni, fu sottoposto, di nuovo, all'esame delle Camere.

Invano i migliori Giureconsulti che sedevano nel Parlamento francese, Portalis, Persil Dupin, la combatterono. Adottato dalle Assemblee, dopo una discussione molto interessante, divenne la legge 14 giugno 1841.

I due primi alinea dell'art. 216, furono così redatti:

« Tout propriétaire de navire est civilement responsable des faits du Capitaine, et tenu des engagements contractés par ce dernier, pour ce qui est relatif au navire et a l'expédition.

« Il peut, *dans tous les cas* s'affranchir des obligations ci-dessus par l'abandon du navire et du fret ».

Ma ciò non bastava alle esigenze degli armatori. Malgrado il disposto dell'art. 216, la giurisprudenza amministrativa, allegando motivi di interesse pubblico, dichiarava inapplicabile l'art. 216 nel caso di arenamento o naufragio nelle acque che danno accesso ad un porto. I rottami delle navi naufragate — diceva l'Amministrazione — creano un ostacolo pericoloso per la navigazione: il proprietario della nave ha obbligo personale di farlo sparire.

Contro tale giurisprudenza si elevarono le proteste degli armatori. Il De Courcy se ne fece l'eco e colla sua prosa caustica e brillante ne volle dimostrare il danno e l'inconseguenza (1). Il momento era favorevole per l'accoglimento delle lagnanze: parlamento e paese si occupavano delle infelici condizioni della marina mercantile, e una Commissione d'inchiesta era stata nominata. La Commissione ascoltò i lagni, e propose, nella sua relazione, di farvi ragione (1873). Fu compilato all'uopo un progetto che dopo varie vicende divenne la legge 12 agosto 1885.

Talchè, oggidì l'art. 216 è così concepito:

« Tout propriétaire de navire est civilement responsable des faits du capitaine, et tenu des engagements contractés par ce dernier, pour ce qui est relatif au navire et à l'expédition.

« Il peut, dans tous les cas, l'affranchir des obligations ci-dessus par l'abandon du navire et du fret.

« Toutefois, la faculté de faire abandon n'est pas point accordée à celui qui est en même temps capitaine et propriétaire ou copropriétaire du navire. Lorsque le capitaine ne sera que copropriétaire il ne sera pas responsable des engagements contractés par lui pour ce qui est relatif au navire et à l'espédition, que dans la proportion de son intérêt.

(1) De Courcy, *Questions de droit maritime,* Serie II, Paris, 1879, (*La responsabilité des propriétaires de navire devant la juridiction admnistrative — Une nouvelle violation de l'art. 216,* cod. de comm.).

« En cas de naufrage du navire dans un port de mer ou hâvre, dans un port maritime ou dans les eaux qui leur servent d'accès, comme aussi en cas d'avaries causées par le navire aux ouvrage d'un port, le propriétaire du navire peut se libérer, même envers l'État, de toute dépense d'entraitien ou de réparation, ainsi que de tous dommages-intérêts, par l'abandon du navire, et du fret des marchandises à bord.

« La même faculté appartient au capitaine qui est propriétaire ou copropriétaire du navire, à moins qu'il ne soit prouvé que l'accident est arrivé par sa faute ».

La legislazione italiana, in materia di responsabilità degli armatori, ha sempre seguito di pari passo quella francese. L'art. 231 del codice di commercio albertino (30 dicembre 1842) non era che la traduzione della legge 14 giugno 1841. L'art. 231 cod. albertino passò nel codice di commercio italiano del 1865 (art. 311) quasi integralmente. E l'art. 491 del codice vigente lo ha pure riprodotto, con qualche leggiera modificazione, e qualche piccolo miglioramento (specialmente per quel che riguarda la non opponibilità dell'abbandono alle persone dell'equipaggio per il pagamento dei loro salari ed emolumenti).

Nel Belgio, la legge speciale per il commercio marittimo 21 agosto 1879 ha una disposizione analoga a quella dell'art. 216 del codice francese, nella nuova redazione del 1841 (art. 7). Unica differenza: la dichiarazione esplicita che l'indennità d'assicurazione non è compresa nell'abbandono.

Anche nella Repubblica argentina vige il sistema francese. Infatti il Codice argentino 5 ottobre 1889, dopo aver dichiarato la responsabilità dell'armatore per gli atti del capitano (art. 878) e di colui che si è sostituito al capitano (art. 879), ammette in tutti i casi il rimedio dell'abbandono (art. 880).

Il Codice francese è stato pure seguito dal legislatore Chileno (art. 865 e 879 cod. comm. 23 novembre 1866), Finlandese (art. 17 cod. marittimo 9 giugno 1873), Egiziano (art. 30 cod. marittimo 1 gennaio 1876), Rumeno (art. 501 cod. 13 settembre 1887), Olandese (art. 321 cod. commercio).

26. — Nel codice germanico della responsabilità degli armatori si occupano gli art. 451, 452, 453 e 454.

L'armatore è responsabile del danno che una persona dell'equipaggio, nel disbrigo delle sue mansioni, arreca per sua colpa ad un terzo (art. 451).

L'armatore non risponde personalmente, ma soltanto colla nave e col nolo:

1º Per le obbligazioni derivanti da contratti conclusi dal capitano, nella sua qualità, in forza delle facoltà attribuitegli dalla legge, salvo che per quelle verso l'equipaggio derivanti dai contratti di arruolamento;

2º Per le obbligazioni derivanti da inadempimento, o da incompleto o irregolare adempimento di un contratto concluso dall'armatore e che si doveva adempire dal capitano, per tale sua qualità;

3º Per le obbligazioni derivanti da danni arrecati per colpa di una persona dell'equipaggio.

Secondo il codice di commercio germanico, quindi, la responsabilità dell'armatore è limitata in modo che il creditore, per ottenere il soddisfacimento del proprio credito, può fare assegnamento solo sulla nave e sul nolo: in altri termini, egli può soltanto sulla nave e sul nolo far valere in via esecutiva le sue ragioni. È questo il sistema così detto dell'*esecuzione* (*Executionssystem*) in opposizione al sistema dell'*abbandono*, adottato dalle legislazioni di tipo francese. In virtù di esso l'armatore non ha bisogno di un atto espresso per limitare la propria responsabilità, ma le azioni dei creditori si debbono *ipso iure* esercitare soltanto sulla nave e sul nolo. Il debitore — come dice l'Ehrenberg — può starsene completamente passivo senza pregiudicare il suo beneficio della responsabilità limitata (1).

Il codice danese del 1 aprile 1892 segue, in tutto, il sistema tedesco (Cap. II, §§ 7 e 8) (2).

---

(1) EHRENBERG, *Beschränkte Haftung des Schuldners nach See-und Handelsrecht*, pag. 14.

(2) *Code maritime* du 1er Avril, 1892, Copenague, 1892.

Il progetto di codice ungherese compilato dal prof. Nagy, dopo avere affermato (§§ 21, 22 e 23) la responsabilità dell'armatore per i contratti del capitano, e le colpe dell'equipaggio, aggiunge: (art. 24) « La responsabilità dell'armatore si restringe di regola solo alla fortuna di mare (*Seevermögen*). Se l'armatore ha più navi, ognuna è considerata come un patrimonio marittimo separato. Come fortuna di mare sono considerati: la nave e i suoi accessori: il nolo del viaggio in corso, dedotto l'importo del salario e vitto spettante all'equipaggio, e infine, l'importo degli indennizzi, sussidî, ed assicurazioni spettanti all'armatore, in riguardo alla nave ed al nolo. (Art. 25).

In conclusione si vede come l'esumazione della vecchia formula francese della separazione tra *fortune de mer* e *fortune de terre* non serve che a rivestire di una forma diversa il sistema tedesco dell'esecuzione. Lodevole è la disposizione, che comprende nella *fortune de mer* l'indennità di assicurazione (1).

Segue il sistema dell'esecuzione anche il codice svedese. (Art. 7 cod. 1 gennaio 1892).

27. — In Ispagna il sistema accolto dal legislatore è quello della responsabilità *illimitata*, sia per le colpe, che per le obbligazioni del capitano (Art. 586).

L'abbandono è concesso soltanto per le obbligazioni derivanti da danni, che le merci caricate abbiano potuto ricevere, per colpa del capitano. (Art. 587 : « l'armatore sarà pure civilmente responsabile delle indennità a favore dei terzi, a cui diede luogo la condotta del capitano nella custodia degli effetti caricati sulla nave. Però potrà liberarsi facendo abbandono della nave con tutte le sue pertinenze e dei noli che abbia guadagnato nel viaggio ».

Uguale è il sistema del legislatore Messicano (art. 671 e

---

(1) NAGY, *Gesetzentwurf über das Privat-Seerecht*, Budapest, 1894 (tradotto dall'Ungherese).

672 del cod. 20 aprile 1884) e Peruviano (art. 590 cod. 15 maggio 1853).

28. — Il Codice portoghese, rimasto fedele al sistema del Codice francese del 1807, nella sua prima redazione, stabilisce esplicitamente che l'abbandono può darsi soltanto per le obbligazioni contratte dal capitano relativamente alla nave ed alla spedizione (art. 514 cod. comm. 1 gennaio 1889).

29. — In Inghilterra, secondo la *common law*, gli armatori sono responsabili tanto delle obbligazioni contratte dal capitano, che dei delitti e quasi delitti del capitano e dell'equipaggio (1).

Questo principio ebbe vigore nella sua integrità fino al 1734. Nel 1733 gli armatori di Londra, allarmati da un processo, nel quale i proprietarii di una nave erano stati condannati a pagare il valore integrale di un carico sottratto dal capitano, promossero una agitazione per ottenere una riforma alla legge. Ed infatti nel 1734 fu emanata una legge colla quale si stabiliva che, in caso di sottrazione delle merci di bordo, commessa dal capitano o dall'equipaggio, l'armatore non fosse responsabile al di là del valore della nave. Altre leggi consimili furono emanate nel 1774 e nel 1811 per proteggere gli armatori contro altre eventualità, e limitare la loro responsabilità fino a concorrenza del valore della nave e del nolo. Ma si trattava sempre di casi speciali. Queste due leggi furono poi rimpiazzate dagli *acts* del 1854 e 1862 (2).

Secondo il *Merchant Shipping Act* del 1854 (Art. 503): « Nessun proprietario o comproprietario di una nave navigante in mare sarà responsabile delle perdite o avarie che potranno ricevere, senza sua colpa o partecipazione, uno degli oggetti seguenti: 1° Gli effetti, merci e in genere qualunque oggetto imbarcati o posti a bordo, in seguito ad incendio

---

(1) MACLACHLAN, *A treatise on the law of mercant shipping*, London, 1880, pag. 130; BROWNE, *A treatise on the law of carriers*, London, 1873, pag. 95.

(2) Redatti in testo unico nel 1894.

scoppiato a bordo; 2° l'oro, l'argento, i diamanti, orologi, gioielli, pietre preziose, imbarcati o posti a bordo, che si troveranno rubati, dispersi, sottratti o celati, a meno che l'interessato non abbia al momento stesso del caricamento, inserito nella polizza di carico o dichiarato in iscritto, sia al capitano, sia al proprietario della nave, la natura e il vero valore di questi oggetti ».

Nessuna responsabilità quindi in caso di danno causato da incendio o di furto o distrazione di oggetti preziosi, quando non ne fosse dichiarato il valore.

Quanto agli altri danni recati alle persone o alle cose senza colpa dell'armatore la responsabilità era limitata ad una somma equivalente a 15 sterline per tonnellata. (Art. 504).

Ma l'art. 54 del *Merchant Shipping Act* del 1862 modificò l'art. 504 della legge precedente, diminuendo la responsabilità degli armatori ad 8 sterline per tonnellata, in riguardo ai danni arrecati alle cose, e mantenendola a 15 sterline per i danni cagionati alle persone.

Ma si noti che tale responsabilità ha luogo ogni volta che il danno alle persone o alle cose sia recato, come se nessun altro accidente avesse avuto luogo (*as if no other lott, jniury or damage had arisen*) in modo che se sono avvenuti più sinistri l'armatore è tenuto fino a concorrenza di tante volte una somma corrispondente al tonnellaggio della nave, quante volte il danno è stato recato. Al contrario sotto l'impero del diritto italiano, francese e germanico, la responsabilità complessiva non potrebbe eccedere in alcun caso il valore della nave.

Da ciò si rileva quanto grande sia ancora, nel diritto inglese, malgrado queste limitazioni, la responsabilità degli armatori.

30. — Negli Stati Uniti, secondo la *Common law*, l'armatore di nave è interamente responsabile sia degli atti leciti, sia degli atti illeciti del capitano (1).

---

(1) DIXON, *Abridgment of the maritime law*, New-York, 1873, pag. 42.

Ma la legge 3 marzo 1851 limitò la responsabilità degli armatori per quel che riguarda le obbligazioni derivanti da delitto o quasi delitto del capitano o dell'equipaggio. Il sistema accolto dal legislatore americano per limitare la responsabilità degli armatori è il seguente: La responsabilità non può eccedere in alcun caso (*in non case*) il valore della nave e del nolo: e l'armatore può liberarsi, sia offrendo questo valore, sia trasferendo tutti i suoi diritti sulla nave ad un sequestratario giudiziale (incaricato di farne la ripartizione fra i creditori) (1). Come si vede, è il sistema dell'abbandono misto al sistema della limitazione fino al valore della nave.

Quanto alle obbligazioni derivanti da contratti del capitano, la responsabilità continua ad essere indefinita.

Identico è il sistema Russo: responsabilità illimitata per le obbligazioni contrattuali, limitata per i delitti e quasi delitti mediante un sistema misto.

Ecco le disposizioni del diritto Russo. Il legislatore, dopo avere (art. 253) affermato la responsabilità dell'armatore per i delitti e quasi delitti del capitano, aggiunge all'art. 254: « L'armatore di una nave noleggiata per trasportare mercanzie, o di un altro bastimento può liberarsi da ogni responsabilità nei casi indicati dall'articolo precedente, abbandonando la nave e l'ammontare del nolo esatto o da esigere per il viaggio: non è responsabile dei danni o perdite causati dal capitano che fino a concorrenza dell'ammontare del valore della nave, compreso l'ammontare del nolo esatto o da esigere per il viaggio » (2).

---

(1) V. VALROGER, *De la responsabilité des propriétaires de navires* nella *Revue internationale de droit maritime*, Vol. II, pag. 487; HARRINGTON PUTNAM, nella *American law Review* di Eaton e Thompson, St. Louis, 1883, pag. 1 e seguente.

(2) V. *Revue internationale de droit maritime*, anno 1894-95, pag. 563.

Capitolo Secondo.

Esame critico e dommatico del principio della responsabilità limitata.

31. — Il cammino fin qui fatto attraverso la storia della responsabilità degli armatori è stato lungo e non scevro di fatiche, ma esso ci riuscirà oltremodo proficuo. Dal Frémery in poi erano state troppe volte dette e ripetute le stesse cose, perchè non ci prendesse vaghezza di verificarle coi nostri occhi, e vedere se la realtà dei fatti storici fosse quella che scrittori e trattatisti — quasi trascinati da lunga abitudine — non facevano altro che ripetere. Ed abbiamo potuto accertarci che in molti equivoci si era non di rado caduti, equivoci su cui pure si erano fondati argomenti ed opinioni, fatti valere da legislatori, magistrati e giureconsulti.

Al lume adunque della verità storica, colla scorta delle condizioni di fatto, in cui versa attualmente il commercio marittimo, noi esamineremo la dottrina che sostiene la necessità e l'equità delle limitazioni alla responsabilità degli armatori.

Molti e poderosi sono gli argomenti su cui si appoggia questa dottrina. Anzi tutto si afferma che il principio della responsabilità limitata deriva da un'antichissima consuetudine e che è ormai universalmente accolto da tutte le legislazioni. Entrando poi nel merito della questione si adduce la specialità del rapporto che corre tra capitano ed armatore: la nessuna libertà che ha questi di scegliere la persona in cui ripone maggior fiducia, l'impossibilità di sorvegliarla durante il viaggio. Si ricorda la terribile responsabilità a cui andrebbe incontro l'armatore: si cita l'antico ditterio: *assai perde chi la propria parte perde*, e si sostiene che l'armatore facendo navigare la nave, non intende arrischiare che la propria *fortuna di mare*, e non la fortuna di terra. Si aggiunge che — del resto — chi presta al capitano ha l'intenzione di prestare alla nave, e che quindi solo colla nave deve rispondere l'ar-

matore. In ultimo s'invocano i *supremi interessi* del commercio marittimo e la necessità di non allontanare i capitali dall'industria marittima.

Queste ragioni sono senza dubbio molto forti. Ma sono esse altrettanto esaurienti, e tali da giustificare una deroga così grave al diritto comune?

Noi non crediamo: ed un esame attento e coscienzioso di ciascuna di esse non ci potrà condurre che ad una risposta negativa.

§ 1. — *Il principio della responsabilità limitata è tradizionale, costante ed universale?*

SOMMARIO. — 31. Il VIDARI ed il ROMAIN DE SÈZE affermano che il principio della responsabilità limitata è universale e tradizionale. — 32. Che non sia tradizionale invece lo dimostra tutto lo svolgimento storico di esso. — 33. E neppure può dirsi costante ed universale. — 34. I progressi della responsabilità limitata sono dovuti in gran parte ad una vera *lotta di classe*, impegnata e vinta dagli armatori.

31. — «Codesto temperamento d'equità (la facoltà d'abbandono concessa ai proprietari di nave) accolto da tempo immemorabile da quasi tutte le legislazioni, se ne eccettui l'Inghilterra e gli Stati Uniti d'America, e raccomandato vivamente anche da tutto il commercio italiano, è meritevole della più ampia lode, come quello che il diritto non considera quale una entità astratta, cioè una pura creazione della mente nostra, ma lo trae dalla più viva e sicura realtà dei fatti sociali. — Lasciamo gridare e fantasticare i metafisici del diritto, gli apostoli dell'*a priori*: noi teniamoci paghi di ciò che *l'esperienza di molti secoli ci ha insegnato per buono e giusto*» (1).

Così difende il Vidari il principio della responsabilità limitata, e il Romain de Sèze non si perita di affermare: «En

(1) Così il VIDARI nella I edizione del suo *Corso di Diritto Commerciale italiano*. Nell'ultima edizione, Milano, 1896, pag. 568, la forma è alquanto modificata, ma il concetto rimane sempre lo stesso.

résumé le principe de la loi de 1841 tend à devenir la règle universelle et, grace à elle, le Code de commerce français malheuresement en retard, en plusieurs de ses dispositions, sur les codes étrangers, a du moins sur ce point l'honneur de les avoir devancés » (1).

Con ciò in sostanza si afferma che il principio della responsabilità limitata è *tradizionale*, è *costante*, è *universale*. A noi non sembra difficile dimostrare — dopo quanto abbiamo detto fin qui dell'origine, dello svolgimento dell'attuale applicazione del principio in esame — che esso non è tradizionale, non è costante, non è universale.

32. — Il diritto Romano infatti, al quale — come giustamente afferma un giovane scrittore di diritto marittimo (2) — per questo, come per tutti gli altri istituti che costituiscono le moderne legislazioni positive conviene ricorrere per desumerne la vera ed intima caratteristica, non conobbe alcuna forma di limitazione alla responsabilità degli armatori. Anzi il Diritto Romano seguì in questa materia un cammino diametralmente opposto a quello delle moderne legislazioni che ammettono la responsabilità limitata: per esso le regola era l'irresponsabilità pel fatto lecito ed illecito altrui, e credette necessario stabilire una eccezione per ciò che riguarda il commercio marittimo.

In tutte le legislazioni moderne la regola è la responsabilità illimitata del mandante e committente rispettivamente per i contratti e le colpe del mandatario e commesso, e si è creduto necessario derogarvi limitando questa responsabilità nel commercio marittimo. Singolare vicenda degli istituti giuridici! Per cui quella norma, che era stata il punto di partenza di una delle più grandi conquiste del diritto: il prin-

---

(1) Romain de Sèze, *op. cit.*, pag. 32.

(2) Pipia, *Della solidarietà tra le obbligazioni del committente e quelle del commesso in tema commerciale e marittimo*. Nell'*Annuario critico di giurisprudenza pratica* del Cogliolo, anno 1892, II, pag. 57.

cipio della rappresentanza, finisce per mutarsi in un'altra, che al principio della rappresentanza deroga espressamente!

Dell'importanza del Diritto Commerciale Romano dicemmo a suo tempo, della cura minuziosa che l'Editto del Pretore pose per rendere grave per quanto fosse possibile la responsabilità degli armatori, abbiamo pure parlato a lungo: ora chi potrebbe sostenere che la tradizione è a favore del principio della responsabilità limitata, quando tutta la tradizione giuridica Romana, che è il fondamento e la base del nostro diritto privato, l'ha espressamente e rigorosomente ripudiato?

E veniamo al diritto medievale. Qui la quistione è più grave, perchè si sente da ogni parte ripetere, che è appunto nel Consolato del mare che sorse il principio della responsabilità limitata. E si crede di provare questa affermazione, citando tre o quattro passi del *Consolato* — sempre gli stessi — i quali in sostanza non fanno che affermare il principio che i partecipi non sono tenuti al di là della loro quota. Ora, con un breve, ma coscenzioso esame del *Consolato* e delle altre fonti del diritto marittimo medioevale noi abbiamo creduto di dimostrare, come nell'interpretare questi passi, si sia caduti in un grave equivoco.

Applicando, sull'esempio del Frémery, all'indagine delle condizioni dell'industria marittima nel secolo XIII e XIV, quali le troviamo descritte nel *Consolato*, i principii del contratto di commenda, noi abbiamo visto che i partecipi non sono che i soci accomendanti dell'armatore, e non sono affatto armatori essi stessi. L'armatore vero è il padron della nave (*senyor de la nau*), il quale è ad un tempo capitano ed armatore. Date le condizioni del commercio marittimo, in quei tempi, in cui la grande industria marittima era sconosciuta, si capisce come fosse possibile una simile situazione. Dalla quale discendevano, secondo tutti i principii della ragione e del diritto, due conseguenze:

1° Responsabilità illimitata del padrone della nave (armatore-capitano);

2º Responsabilità limitata dei partecipi, o soci accomendanti dell'armatore.

Dov'è in questo sistema, la responsabilità limitata *dell'armatore?* Responsabilità limitata v'è bensì, ma per i partecipi dell'armatore: il gerente dell'industria marittima, il padron della nave è invece responsabile *senza limitazione.*

Intanto, a partire dal XV secolo, le condizioni dell'industria marittima mutano: cade in desuetudine il contratto di commenda: i progressi della navigazione separano la figura del capitano da quella dell'armatore: il padrone della nave diventa il preposto degli armatori, e armatori sono i comproprietarii della nave. Ma nello stesso tempo restano i ricordi delle antiche consuetudini onde una tendenza a limitare la responsabilità dei comproprietarii alla loro quota di comproprietà della nave. Diciamo *una tendenza* e non *una consuetudine costante,* perchè vedemmo come il principio della limitazione fosse lungi dall'essere da pertutto e senza contrasto accolto. E ciò si capisce, quando si consideri quale assurdità giuridica ne derivava, cioè quella di diritti personali senza nessun obbligato personale.

Ora una tendenza, basata sull'equivoco, di cui si sentiva l'assurdo, non può costituire una tradizione lunga ed autorevole.

33. — Ma almeno, se il principio della responsabilità limitata non ha per sè l'appoggio di una antichissima tradizione, ha almeno quello di una costante applicazione da un numero d'anni in poi tale da farlo ritenere come costante in quest'ultimo periodo della storia del diritto marittimo? Neppur questo si può affermare. Appena il diritto fu entrato nella moderna fase della codificazione, le legislazioni respinsero, in massima parte, questo principio. Così il Codice Prussiano del 1794 non ammette alcuna limitazione: il Codice di commercio Francese del 1807, con un formula incerta ne restringe la portata: più severo ancora il Codice Spagnuolo del 1829 l'esclude quasi completamente.

E neanche infine si può dire che il principio della responsabilità illimitata, almeno nella estensione con cui è accolto dal legislatore italiano, sia una regola accettata universalmente da tutte le nazioni, o dalla maggior parte di esse e che regoli la massima parte del commercio marittimo del mondo (1). Sopra 20 milioni e mezzo, a cui ascendeva nel 1886 il tonnellaggio della marina mercantile dell'Europa, America e possedimenti europei nelle altre parti del mondo, l'Inghilterra ne aveva 8 milioni circa; due milioni e mezzo gli Stati Uniti, e più di mezzo milione la Spagna: vale a dire che 11 milioni di tonnellate sopra 20 appartenevano alle nazioni le cui legislazioni ripudiano in gran parte il principio della responsabilità limitata (2).

34. — Malgrado ciò, un fatto resta innegabile, e noi non possiamo fare a meno di notarlo. Ed è che negli ultimi cinquanta anni il principio della responsabilità limitata, senza diventare un principio universale, ha fatto molto progressi. Ciò specialmente per le limitazioni alla responsabilità derivante da delitti e quasi delitti del capitano e dell'equipaggio, sancite in parte anche dalle legislazioni inglese e degli Stati Uniti d'America. Nella Francia, nel Belgio, nell'Italia la limitazione è stata estesa anche alle obbligazioni derivanti da contratto.

Ora questi progressi sono essi dovuti alla bontà intrinseca del principio, alla sua equità, alla necessità di commercio marittimo? O altre cause estranee vi hanno influito? È quanto ci proponiamo di ricercare.

Vedemmo già come, in Inghilterra, la limitazione della re-

---

(1) Cresp-Laurin, *op. cit.*, vol. II, pag. 294.

(2) V. Kiear, *Bureau central de Norvège. Statistique internationale de la navigation maritime*, vol. III, pag. 1287. Per citare poi dati più recenti ancora, noteremo che nel quadriennio 1890-1893 la bandiera inglese, nella navigazione del Canal di Suez rappresentava il 76,46 per cento del tonnellaggio totale. V. *Rivista marittima*, anno 1895, IV, pag. 171. V. pure Wautrain-Cavagnari, *Elem. di scienza dell'amministrazione*, Firenze, 1894, pag. 110.

sponsabilità sia nata. Fino al 1734 di nessuna limitazione si era sentito bisogno: mentre d'altra parte invece in tutti i modi aveva cercato il governo inglese di favorire l'incremento della marina mercantile, e col ferreo regime protezionista inaugurato da Crommwell, era riuscito a renderla la prima del mondo. Ma in quell'epoca gli armatori, divenuti classe potente, cominciano a farsi sentire, e a poco a poco, nel 1734, nel 1784, nel 1811 riescono, forzando la mano al Parlamento, ad ottenere leggi in loro favore.

In Francia, egual fenomeno. Ivi, da molto tempo, la marina mercantile si trovava, e si trova, in uno stato di sofferenza e decadenza. Onde l'attenzione del legislatore è fortemente rivolta a cercar rimedii a questo stato di cose. Nè gli armatori mancarono di approfittarne: e così si ebbe la legge del 1841 e quella del 1885 colle quali la responsabilità degli armatori è stata ridotta ad una pura e semplice affermazione teorica nella prima parte dell'art. 216. Eppure le condizioni della marina non sono migliorate, ed essa non rappresenta ancora che un ottavo della marina inglese nata, cresciuta e diventata prospera sotto lo *spaventoso* regime della responsabilità illimitata.

La storia della responsabilità limitata degli armatori, specialmente in questo secolo, è dunque molto istruttiva. Un interesse — come vedremo — immediato e fittizio, ha annebbiato la mente degli armatori: favoriti dal diffondersi dal regime rappresentativo, essi si sono coalizzati, e in nome della massima: *ad summam rem publicam navium esercitio pertinet*, hanno fatto prevalere il loro creduto interesse. Questa stessa coalizione di interessi, che in Italia ed altrove, continua ad impedire tante buone ed utili riforme, è riuscita ad imporne una inutile e dannosa. Una *lotta di classe*, nel vero senso della parola, si è combattuto, ed una facile vittoria ha arriso agli armatori (1).

---

(1) Circa il concetto della *lotta di classe* nella sua applicazione agli studii giuridici. V. SRAFFA, *La lotta commerciale*. Prolusione al corso di diritto com-

Ma i fatti — giudici supremi ed inappellabili di tutte le questioni — hanno dimostrato quanto fossero fallaci le previsioni di chi vedeva nel principio della responsabilità limitata la panacea di tutti i mali che affliggono il commercio marittimo di alcune nazioni di Europa. L'adozione di esso fino agli ultimi limiti del possibile non ha arrestato la decadenza della marina mercantile là dove era cominciata, come la prevalenza della responsabilità indefinita non ha nociuto, se non ha giovato, all'incremento di quelle marine, che si trovarono, per altre ragioni, in condizioni più favorevoli. Ma di ciò vedremo meglio in seguito.

§ 2. — *Il rapporto che corre tra armatore e capitano. La pretesa impossibilità di sorveglianza.*

Sommario. — 35. Non è vero che l'armatore non sia libero nella scelta del capitano. — 36. Opinione del Romain de Sèze. Caso in cui il capitano non è nominato dall'armatore. — 37. Specialità del rapporto intercedente tra armatore e capitano. — 38. Impossibilità di sorveglianza. Si dimostra che non esiste nel fatto. — 39. Anche dato che non esistesse libertà di scelta, e che la sorveglianza fosse impossibile, non per questo sarebbe giustificata la limitazione di responsabilità. Fondamento giuridico della responsabilità dei padroni e committenti. — 40. Continua lo stesso argomento. La responsabilità dei padroni e committenti è fondata, non sulla *culpa in eligendo* o *in vigilando*, ma sulla *rappresentazione*. Conclusione.

35. — Uno dei più forti argomenti dei sostenitori del principio della responsabilità limitata è quello che si desume dalla natura dei rapporti che corrono tra l'armatore e il capitano.

A cominciare dal modo con cui detti rapporti nascono, si afferma che l'armatore non è libero nella scelta del capitano. È noto che per essere capitano è necessaria una patente od autorizzazione rilasciata, secondo i casi, dal Ministero della

---

merciale nella R. Università di Macerata, Pisa, 1894, pag. 13; Cogliolo, *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato,* Torino, 1884.

Marina, o dal capitano di porto (art. 57 e 65 del Codice per la marina mercantile). Nè sempre il capitano è *scelto* dall'armatore: esso può morire durante il viaggio, e allora è surrogato dal secondo: peggio ancora, se anche il secondo vien meno, il capitano può essere nominato dall'equipaggio, o da un console, o da una autorità locale; ed essere completamente sconosciuto all'armatore (1).

Quest'argomento, che può fare impressione a prima vista, non regge alla critica. L'intervento dello Stato, per ciò che concerne la scelta del capitano, è puramente negativo: esso dice: voi armatore non potete scegliere una persona che non sia fornita di quei speciali requisiti, ma nella lunga schiera delle persone che li posseggono, la scelta è perfettamente libera. Lo Stato prescrive un *minimum* di capacità, di onestà, di maturità di mente; oltre questo minimo la gradazione è immensa, e l'armatore può scegliere il più o meno idoneo, il più o meno diligente, il più o meno onesto. Il capitano più idoneo in circostanze normali, osserva giustamente il Pipia, potrà andar soggetto a tali influenze d'ordine psichico o passionale che allorquando si trovi sotto queste impressioni anormali ed esteriori diventi il pessimo dei capitani (2). L'azione dello Stato non è che sussidiaria, protettrice (3); il dire che l'armatore non è libero nella scelta val quanto dire che la scelta è fatta dallo Stato giacchè un atto di cui nessuno sia autore non si può concepire: ma ciò non è vero. E sarebbe una vera iniquità, che l'intervento dello Stato diretto a proteg-

---

(1) BERLINGIERI, op. cit., pag. 823; COURCY, *Quest. de droit maritime*, 3ª serie, Paris, 1885, pag. 289; CRESP, *Cours de droit maritime*, Paris, 1879, I, pag. 623.

(2) *Annuario critico di giurisprudenza pratica del* COGLIOLO, anno 1894, II, pag. 86.

(3) Non solo l'intervento dello Stato, in forma così negativa non libera i privati dalla responsabilità che loro incombe per gli atti e i fatti proprii e dei dipendenti, ma neanche l'autorizzazione positiva da esso concessa. Così l'autorizzazione dell'autorità amministrativa ad esercitare industrie insalubri o pericolose (art. 32 della legge di pubblica sicurezza) non impedisce che coloro i quali ne ricevano danno possano chiederne ed ottenerne il risarcimento.

gere l'incolumità e la sicurezza delle persone e delle merci trasportate per mare coll'esigere un *minimum* di idoneità per le funzioni di capitano, si risolvesse in una iattura facendo sì che — ove il danno si verifichi i danneggiati non possano essere risarciti (1).

Ma, del resto, la prova più chiara che la libertà di scelta non è impedita, si ha dal fatto: poichè certo ogni armatore, per assumere al suo servizio un capitano, non si contenta dell'esibizione della sua patente di idoneità ma esige altre qualità che lo garantiscono sopra la capacità e l'onestà di colui, a cui affida la propria nave.

Un ultimo riflesso basterà a dimostrare quanto destituito di fondamento sia quest'argomento dei sostenitori della responsabilità limitata. Se quanto essi affermano fosse vero, se cioè l'intervento della pubblica autorità per esigere certe garanzie da chi intende esercitare una professione o un mestiere, fosse ragione sufficiente per esonerare da ogni responsabilità chi si serve dell'opera loro, si giungerebbe alle più strane conseguenze. Così il proprietario di una farmacia non dovrebbe rispondere degli errori dei suoi commessi, perchè ad essi è necessario il relativo diploma: i proprietarii di vetture e omnibus che dovrebbero essere tenuti pei fatti dei cocchieri che sono al loro servizio, perchè questi devono essere muniti della licenza rilasciata dalle autorità municipali, le società ferroviarie dovrebbero essere esonerate da qualunque responsabilità per le colpe dei macchinisti, giacchè anche per essi è obbligatoria una patente di idoneità. E così in molti altri casi.

36. — Il Romain de Sèze, senza negare che il diploma è piuttosto una garanzia per l'armatore, che una imposizione da parte dello Stato, obietta: Sta bene, ciò vale per i fatti

---

(1) Il Laurin, annotando un passo di Cresp, dove si afferma la non libertà di scelta, esclama: « Cette raison est loin d'être convainçante, et c'est d'après nous prendre le contrepied de la vérité, que de transformer en motif d'exonération ce qui est precisémént une garantie » (I, pag. 623).

illeciti del capitano, ma la questione invece si deve ridurre in questi termini: L'armatore deve rispondere indefinitamente delle *obbligazioni finanziarie* del capitano?

Orbene, — continua il Romain de Sèze — l'esame che subisce il capitano, include questa questione? Forse che lo Stato si assicura, prima di nominarlo, che egli sa gerire con prudenza, e amministrare i capitali che gli sono confidati, o che si può procurare coll'aiuto del credito? No, il diploma si limita a certificare che egli è capace di condurre una nave (1).

Ma ciò che significa? Il capitano di una nave ha due qualità, quella di preposto al governo tecnico di essa, e quella di agente commerciale dell'armatore: sotto il primo aspetto lo Stato, richiede certi determinati requisiti: sta poi all'armatore scegliere fra le persone che ne sono fornite quella che risponde anche alle esigenze dell'altra qualità che deve rivestire. Ma del resto la legge ha sancito già efficaci garanzie nell'interesse dell'armatore. Così ha stabilito che il capitano debba tenere certi determinati libri (art. 500 cod. comm.), che non possa assumere obbligazioni di sorta se non dopo accertatane la necessità con processo verbale sottoscritto dai principali dell'equipaggio e coll'autorizzazione dell'autorità giudiziaria, o del console (art. 508 e 509). Inoltre deve darne possibilmente immediato avviso agli armatori (art. 509). Ed oggidì per mezzo del telegrafo tale comunicazione è sempre possibile.

Più forza ha l'argomento della non libertà di scelta nel caso in cui il capitano non è nominato dall'armatore. Ma, se si tratta del secondo che surroghi il capitano, si capisce che esso possa considerarsi come scelto dall'armatore in previsione appunto di questa eventualità. I casi poi in cui vengono a mancare e capitano e secondo, sono tanto rari che si può anche trascurarli. La legge non può fermarsi a considerare tutte le eventualità, ma deve guardare alla maggioranza dei casi, al *quod plerumque fit*. Ora la regola è appunto il caso del capitano scelto dall'armatore: l'eccezione quello in cui l'armatore nulla

(1) Romain de Sèze, *op. cit.*, pag. 44.

sa di questa scelta. Al più dunque si potrebbe tener conto di questa circostanza specialissima in un'apposita disposizione di legge, ma mai imporre per la gran maggioranza dei casi una norma dettata dalle necessità di una piccola minoranza.

37. — Dopo di avere affermato che l'armatore non è libero nella scelta del capitano, si aggiunge che la natura dei rapporti che corrono tra capitano ed armatore è affatto speciale. « L'indole politica ed economica, e le esigenze della navigazione — dice il Berlingieri — hanno conferito a questo contratto di preposizione dei caratteri tali, da farne una figura giuridica a sè. Quindi è che se chiamiamo il capitano un institore, si è unicamente per riguardo all'essenza giuridica dei rapporti che corrono tra esso e l'armatore e non perchè abbia a considerarsi come un institore commerciale qualunque » (1).

Benchè dunque non sia un institore commerciale qualunque non si nega che il capitano rivesta la qualità dell'institore, per ciò che riguarda l'essenza giuridica dei rapporti che corrono tra esso e l'armatore.

Quali perciò sono le caratteristiche che fanno del capitano un institore di natura speciale?

Anzitutto la pretesa non libertà di scelta di cui già dimostrammo l'inesistenza.

Poi l'ampiezza e il carattere dei poteri di cui egli è rivestito. « Preposto al comando della nave — spiega il Berlingieri (2) — egli acquista di pien diritto tali poteri, senza gli si possano in verun modo venir ristretti o modificati dal preponente ».

In terzo luogo l'impossibilità per l'armatore di esercitare sul capitano alcuna sorveglianza, appena che la nave ha lasciato il porto. Egli diventa padrone assoluto a bordo della nave, il cui governo gli è interamente affidato, nè l'armatore

---

(1) Berlingieri, *op. cit.*, pag. 832; Lefeuvre, *De la responsabilité des propriétaires des navires*, Paris, 1883, pag. 98.

(2) *Op. cit.*, loc. cit.; Lefeuvre, op. cit., loc. cit.

può in alcun modo ingerirsi nella sua condotta. Nelle altre specie di mandato, è difficile che il mandante non possa sorvegliare il proprio mandatario: nel commercio marittimo, ciò invece, è impossibile da parte del proprietario della nave (1).

Circa l'ampiezza dei poteri che la preposizione al governo della nave conferisce al capitano è questo un fatto che non si verifica solo per chi è preposto alla direzione di una nave, ma di chiunque è incaricato di funzioni, per cui siano necessarie cognizioni tecniche speciali. Il preponente, in questo caso, non può, e sarebbe ridicolo pretenderlo, ingerirsi nel modo con cui il suo preposto o commesso disbriga le mansioni affidategli. È questo il caso di chi incarica un ingegnere di costruirgli un palazzo o una villa, se nel corso dei lavori per imperizia o negligenza dell'ingegnere, avviene un disastro, il committente, per conto di cui l'ingegnere lavora, ne sarà responsabile, e sarà tenuto al risarcimento dei danni. Eppure egli se ne stava probabilmente lontano, fidandosi nell'abilità dell'architetto, consacrata solennemente da un diploma universitario.

Un caso, non perfettamente analogo, ma che colla questione in esame ha una certa relazione, è quello di colui che si vale, davanti ai tribunali, dell'opera d'un avvocato o procuratore. Egli tutto confida in mano alla persona, a cui ha dato la sua fiducia: ricchezza, avvenire, spesso il suo nome e il suo onore. Ma sarebbe assurdo il pretendere che egli possa ingerirsi del modo con cui i suoi patrocinatori lo difendono, degli argomenti che adducono in suo favore, degli atti che fanno in suo nome. Eppure, di tutto egli è responsabile, di tutto egli sopporta le conseguenze. Perchè dovrebbe essere diversamente dell'armatore di una nave?

38. — Strettamente collegato con questo, anzi lo stesso presentato in diversa forma, è l'argomento che procede dalla impossibilità di sorveglianza da parte dell'armatore.

---

(1) Berlingieri, *op. cit.*, loc. cit.; Vidari, *Corso di diritto commerciale*, 4ª ediz., vol. V, Milano, 1896, pag. 567 e 568; Lefeuvre, *op. cit.*, pag. 97.

Ora noi ci domandiamo: È vero, nelle condizioni attuali della navigazione marittima cogli immensi progressi che hanno fatto oggidì i mezzi di comunicazione, che l'armatore non può esercitare sul capitano alcuna azione o sorveglianza?

Non crediamo. Delle due l'una — osserva in una piccola, ma succosa monografia il Guariglia — o la nave si trova in un porto, ed allora, per dir così, essa è a portata di mano dell'armatore, il quale può, per mezzo del telegrafo, provvedere ad ogni suo bisogno, anche il più urgente. Oppure la nave si trova in alto mare, ed allora, o si tratta di risoluzioni nautiche, e l'armatore, anche se si trovasse a bordo, niuna azione potrebbe esercitare sul capitano, o si tratta di vincoli contrattuali, e questi, meno l'ipotesi dell'assistenza, difficilmente possono sorgere, ed anche in questa ipotesi, la somma esagerata promessa dal capitano può essere ridotta al giusto dal magistrato (1).

Impossibilità di sorveglianza v'era bensì quando l'armatore affidava la sua nave ad un capitano, e per mesi e mesi non ne aveva notizia. Ma ora che il commercio marittimo, specialmente quello oceanico, è quasi esclusivamente esercitato da grandi compagnie che hanno rappresentanti in ogni scalo: ora, che per mezzo del telegrafo ad ogni istante del suo viaggio, si può dire, il capitano è in comunicazione col suo armatore, dove è la pretesa *impossibilità di sorveglianza?*

Che se con tali parole si vuol dire che il capitano esercita le sue funzioni a grandissima distanza dal luogo ove si trova il suo armatore, in cento e cento altri casi dovrebbe invocarsi questa impossibilità per esonerarsi dalle obbligazioni del proprio mandatario. Tutte le operazioni del commercio, specie quello marittimo si fanno a grandi distanze, e per mezzo di mandatarii. Non si vende o non si compra un carico in America o in Australia senza aver dato mandato a qualcuno. Questo per le obbligazioni. E per le colpe, non è

---

(1) GUARIGLIA, *Contribuzione allo studio della limitazione della responsabilità nelle società commerciali*, Napoli, 1893, pag. 15.

assai più grave la responsabilità sancita dall'art. 1153 cod. civ. per cui gli intraprenditori di una industria, ad esempio, sono responsabili dei fatti dell'ultimo operaio che hanno a loro servizio, e che probabilmente non conoscono neppure di nome?

39. — Dicemmo che impossibilità di sorveglianza non esiste nel fatto, date le condizioni attuali della navigazione marittima, come non esiste coercizione della libertà di scelta del capitano. Ma dato pure che tanto l'una quanto l'altra esistessero, non per questo sarebbe men vero che esse non bastano a giustificare una soppressione o una limitazione della responsabilità.

E valga il vero. Per le obbligazioni derivanti da contratto — come avemmo già occasione di osservare — l'armatore non si trova in condizioni diverse da qualsiasi altro mandante, che incarica di uno o più affari il mandatario in paesi lontani. Per le obbligazioni derivanti da delitto la non libertà di scelta, l'impossibilità di sorveglianza basterebbero a giustificare le disposizioni eccezionali in favore degli armatori se, secondo il diritto civile, il fondamento giuridico della responsabilità dei padroni e committenti per i delitti e quasi delitti dei domestici e commessi si basasse sulla presunzione di *culpa in eligendo*, o di *culpa in vigilando*. Se questo fosse il fondamento di tale responsabilità, si avrebbe ragione di dire: Perchè ritenete responsabile l'armatore per le colpe del capitano? Perchè presumete in lui colpa nello sceglierlo, negligenza nell'invigilarlo. Io vi dimostro che la scelta per lui non è libera, la vigilanza è impossibile: è giusto dunque che cada anche la responsabilità.

Ma — come è noto — la critica più recente e autorevole ha negato che la presunzione di colpa fosse il fondamento della responsabilità dei padroni e committenti ed ha basato invece questa responsabilità sulla *rappresentazione*.

La dottrina tradizionale basava la responsabilità sancita dall'art. 1153 ora sulla *culpa in eligendo*, ora sulla *culpa in vigilando*, ora sopra l'una e l'altra insieme. Si diceva: Ascriva

a sua colpa il padrone o committente se incaricò del servizio o dell'affare una persona: ascriva a sua colpa, se non ha adoperato la necessaria diligenza nel vigilare la condotta del suo commesso.

40. — Non è questo il luogo di trattare per disteso, come meriterebbe, tale importantissima questione: onde accenneremo soltanto ai principali argomenti che si portano contro la teoria tradizionale.

Anzi tutto essa darebbe alla legge un carattere d'iniquità, che noi non dobbiamo in essa supporre.

Posta la presunzione della colpa come ragione della responsabilità, perchè non accordare al padrone o committente la prova contraria?

Il committente può colla maggiore diligenza possibile scegliere un diligentissimo commesso: prendere di lui minuziose informazioni, accertarsi in tutti i modi della sua capacità e onestà: il commesso, in fatti, può essere la più diligente e idonea persona: ma in un momento di distrazione commette una colpa, leggerissima, uno sbaglio minimo, che pure, come spesso accade, porta poi gravi conseguenze. Può anche invigilarlo con cura assidua, oppure, se non lo invigila, è perchè la sorveglianza è impossibile, è esclusa da ragioni di forza maggiore: il commesso commette una colpa, e il committente viene dichiarato responsabile. Ora, perchè non accordargli la prova contraria? Perchè non ammetterlo a provare la sua diligenza nella scelta, e nella vigilanza, oppure la forza maggiore che gli ha impedito la vigilanza? Sarebbe questo un principio di tutta equità. Si risponde, che qui si tratta di una presunzione assoluta, e che così è la legge: *dura lex sed lex*.

Ma — come giustamente osserva il Chironi — qui la legge è molto più logica e più giusta dei suoi critici(1).

Il vero è che il fondamento della responsabilità del committente sta nel rapporto di rappresentante a rappresentato

---

(1) Chironi, *Colpa extracontrattuale*, Torino, 1887, pag. 273.

che intercede tra lui e l'autore del quasi delitto. Naturale quindi che gli si neghi la prova della diligenza nella scelta e nella vigilanza. Ciò nulla proverebbe, perchè la sua responsabilità deriva dal solo fatto della rappresentazione. *Frustra probatur quod probatum non relevat.*

Un altro valido argomento contro la teoria tradizionale si ricava da tutto il complesso dell'art. 1153. Esso dopo avere affermato la responsabilità dei genitori, tutori, precettori, artigiani, padroni e committenti pei danni cagionati dai loro figli, amministrati, allievi, apprendisti, domestici e commessi, accorda la prova della diligenza alle prime quattro categorie di persone e la nega ai padroni e committenti.

Ora, se tanto per gli uni quanto per gli altri il fondamento della responsabilità fosse la *culpa in eligendo* o *in vigilando*, perchè questa differenza? *Ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio.* Onde nella legge vi sarebbero una contraddizione e una inconseguenza ben gravi.

Ma anche qui la legge è più saggia dei suoi critici: essa ha fatto questa differenza, perchè in realtà, non era identica la *ratio legis* nei due casi. Nel caso dei genitori, tutori, precettori e artigiani, realmente essa ha fondato la responsabilità sulla presunzione di *culpa in vigilando*, e ne ha fatto, come l'equità comandava, una *presumptio iuris tantum:* nel caso dei padroni committenti il fondamento era diverso, era il rapporto di rappresentanza, per cui non v'era luogo a parlare nè di presunzione, nè di prova in contrario.

Dunque non dal criterio di presunzione di colpa si deve partire ma da quello della *rappresentazione.*

La responsabilità — come dice benissimo il Chironi — e quindi l'obbligo di risarcimento, pesano su chi ha recato danno ingiustamente: onde la regola: *Si è tenuti alle conseguenze del fatto proprio, dal quale sia derivata lesione ad un diritto altrui* (1).

---

(1) Chironi, *op. cit.*, pag. 260.

Per fatto proprio s'intende tanto il fatto commesso materialmente dalla persona responsabile, quanto il fatto commesso da persona, colla quale il responsabile ha un vincolo di *rappresentanza*. Il commesso non è uno strumento in mano del committente, onde tutto quello che egli fa, di fronte ai terzi, deve essere considerato come fatto dal committente stesso. Nel rappresentante — spiega egregiamente il Chironi, — esiste giuridicamente la persona del rappresentato: questo gli commette di agire in suo nome in una più o meno ampia sfera d'affari: e in forza di questa delega si assume anticipatamente l'obbligo di fronte ai terzi di riconoscere *come suo* l'operato del rappresentante, in quanto compiuto entro i limiti della rappresentanza conceduta (1).

Posto dunque che il concetto di *culpa in eligendo* e di *culpa in vigilando* è assolutamente estraneo al principio della responsabilità dei padroni e committenti, ne deriva per logica conseguenza che quand'anche nessuna libertà di scelta essi avessero, nessuna possibilità di sorveglianza fosse loro concessa, pur nondimeno sussisterebbe la responsabilità derivante dal solo fatto della rappresentanza.

Dato quindi, e non concesso, che fosse vero quanto si afferma intorno alla scelta e sorveglianza dei capitani di nave, nessuna conseguenza ne potrebbe derivare circa l'obbligo degli armatori del rispondere dei loro fatti, compiuti nell'esercizio delle loro funzioni.

---

(1) CHIRONI, *op. cit.*, pag. 260; sopra queste questioni vedi anche: PIPIA, *Della solidarietà tra le obbligazioni del committente e quelle del commesso in tema commerciale e marittimo*, nell'*Annuario critico* del COGLIOLO, Anno 1892, II, pag. 53 e seg. e GIORGI, *Nota ad una sentenza della Cassazione di Roma*, nel *Foro italiano*, Anno 1891, parte II, pag. 354 e COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, nella *Rivista ital. per le scienze giuridiche*, Anno 1897, pag. 188.

§ 3. — *I pericoli della navigazione marittima La fortuna di terra e la fortuna di mare.*

SOMMARIO. — 41. I lavori preparatori del Codice di Commercio e la responsabilità limitata. — 42. Si vorrebbe giustificare la limitazione di responsabilità coi grandi pericoli della navigazione marittima. — 43. Ma noi viviamo continuamente in mezzo ad enormi responsabilità e per nessuna di esse si è chiesta una limitazione. Esempio, la responsabilità delle Società ferroviarie. — 44. I rischi della navigazione sono stati del resto molto esagerati. — 45. La teoria della separazione tra il patrimonio di terra e il patrimonio di mare.

41. — Chi cercasse nei lavori preparatori del nostro codice di commercio, i motivi che hanno indotto il legislatore a mantenere la limitazione della responsabilità per mezzo dell'abbandono, non vi troverebbe che le seguenti considerazioni.

« È giusto che chi spedisce una nave sotto la direzione di un Capitano risponda per colui che egli ha scelto, e preposto alla sua nave, ma è pur vero che, per quanta cura uno rivolga alla scelta di persona proba e intelligente da preporre ad una trattazione di affari, un errore non è sempre evitabile, e il Capitano può riuscire diverso da quello che fu creduto e sperato. In tali casi due interessi si trovano in contrasto: quello del proprietario responsabile che si è ingannato nella scelta e che, trovandosi lontano, non ha potuto provvedere a che il male non accadesse: e l'interesse di colui che fu danneggiato dal fatto del Capitano, o che ha contratto con lui. Essendo questi avvertito che la responsabilità del proprietario è limitata, a lui spetta certamente di esaminare, se la nave ed il nolo siano sufficenti a garantirlo, a lui spetta di premunirsi contro ogni rischio di mare, assicurando il suo credito. La disposizione della legge che stabilisce quella limitazione, mentre protegge il proprietario che non potè evitare il male, non è quindi ingiusta verso chi ha contratto col Capitano, perchè da lui solo dipendeva l'essere più cauto. Che se questa ragione non può valere riguardo a colui al quale il Capitano ha recato un danno col fatto suo, per esempio, con urto della nave, è però indubitato che se v'è un caso in

cui la responsabilità del proprietario non può essere illimitata, tale è certamente quello di un danno derivato dal delitto o quasi delitto del Capitano, nel quale sarebbe ingiusto il pretendere che il proprietario avesse a rispondere più che con tutto ciò che affidò alla cura del medesimo. Al di là di quel limite egli ha diritto di essere tranquillo, e il resto del suo patrimonio non può correre i rischi di ciò che ha esposto ai pericoli della navigazione e della fede altrui » (1).

E niente altro. Per le obbligazioni derivanti da contratto le ragioni del legislatore sono: la difficoltà, anzi la impossibilità di fare una scelta sicura, quasi che questa difficoltà non si verificasse in ogni specie di mandato, e la impossibilità di sorveglianza, che abbiamo già visto come sia inesistente in fatto, ed irrilevante in diritto.

Per le obbligazioni derivanti da delitto o quasi delitto, i motivi sono ancora più *semplici*, anzi non ve ne sono affatto: « *Se v'è un caso in cui la responsabilità del proprietario non può essere illimitata, tale è certamente quello di un danno derivato dal delitto o quasi delitto del Capitano, nel quale sarebbe ingiusto il pretendere che il proprietario avesse a rispondere più che con tutto ciò che affidò alla cura del medesimo* ».

Ma perchè sarebbe ingiusto stabilire la responsabilità illimitata? Perchè al di là della nave confidata al capitano, l'armatore ha il diritto di essere tranquillo? Non si sa: i verbali della Commissione tacciono al riguardo; e noi dobbiamo rinunziare a trarre lumi da essi.

Ma gli scrittori di diritto marittimo che giustificano il principio della responsabilità limitata, ci spiegano che cosa abbia voluto alludere la Commissione affermando che al di là della nave il proprietario ha diritto di essere tranquillo, e che il resto del suo patrimonio non può correre i rischi di ciò che ha esposto ai pericoli della navigazione e della fede al-

(1) *Atti della Commissione*, tornata 23 dicembre 1871, in CASTAGNOLA e GIANZANA, *Il Nuovo Codice di Commercio Italiano, Fonti e Motivi*, vol. II, Torino, 1884, pag. 523.

trui. Evidentemente ha voluto riferirsi alla gravità della posizione dell'armatore per gli immensi rischi della navigazione, e al principio della separazione tra il *patrimonio di terra* e il *patrimonio di mare*.

42. — I pericoli della navigazione marittima e l'immensa responsabilità che grava sui proprietarii di navi sono stati descritti a vivi colori. Si è notato che la più provata perizia, la più oculata diligenza di chi dirige la nave non valgono qualche volta ad impedire che si commettano a bordo errori, che possono cagionare la perdita della nave. Una svista, una semplice dimenticanza possono produrre le più gravi conseguenze. Così gli urti, tanto frequenti e tanto disastrosi oggidì, avvengono spesso in tali circostanze che soltanto col freddo calcolo del perito, o col severo esame del giudice si può riuscire a rintracciarne la causa in una errata manovra di una delle due navi urtate (1).

E il De Courcy, nel suo stile caustico e brillante esclama:

« Il faut de toute nécessité donner le commandement du navire à un capitaine et l'entourer de matelots. Est-ce que ces hommes seront tous infallibles et impeccables? Si bien choisis qu'il soient ils peuvent mourir, et il aura fallu les remplacer en cours de voyage, cette fois sans aucune choix des propriétaires. Et ceux-ci demeureront responsables, sur tout leur crédit, des fautes de ces préposés de hasard? Ils seront poursuivis à leur domicile, ils seront ruinés parce qu'il sera jugé qu'un capitaine a manoeuvré maladroitement et n'a pas su éviter un abordage, ou parce que l'officier de quart n'a pas été assez vigilant, ou parce que un matelot aura causé un incendie en éteignant mal une pipe? Non si c'est en hommage à un principe de droit Romain, c'est un outrage à la justice et au bon sens » (2).

---

(1) BERLINGIERI, *op. cit.*, pag. 832.

(2) DE COURCY, *Quest. de droit marittime*, 3ª serie, *La responsabilité des armateurs en Angleterre et en France*, pag. 274 e seg.

43. — Certo, noi rispondiamo, gravi sono i pericoli della navigazione marittima, e gravi in conseguenza i rischi a cui si trova esposto il patrimonio dell'armatore. Ma — chi ben consideri — non viviamo noi continuamente in mezzo a spaventose responsabilità? Basta aprire, per convincersene, il Codice civile.

L'art. 1151 stabilisce: « Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello, per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno ».

E l'art. 1152 aggiunge: « Ognuno è responsabile del danno che ha cagionato non solamente per un fatto proprio, ma anche per propria negligenza od imprudenza ».

È facile immaginare a quale responsabilità noi andiamo incontro quotidianamente, ad ogni ora, ad ogni istante si può dire, quando si pensi che una minima svista, una lieve distrazione, l'ignoranza di una fra le migliaia di disposizioni di legge che ci governano può obbligarci ad un risarcimento di danni. *In lege Aquila et levissima culpa venit* (1).

Ma, dopo tutto, si potrebbe dire che v'è un mezzo — per quanto non facile a porsi in pratica — di preservarsi da questo pericolo: quello di usare una minuziosa, una scrupolosa diligenza per non arrecar danno ad alcuno. E ciò sarebbe vero se non si dovesse rispondere che delle azioni proprie. Ma non è già così.

Dice l'art. 1153: « Ciascuno parimenti è obbligato non solo pel danno che cagiona per fatto proprio, ma anche per quello che viene arrecato col fatto delle persone delle quali deve rispondere, o delle cose che ha in custodia.

« Il padre o in sua mancanza la madre, sono obbligati pei danni cagionati dai loro figli minori abitanti con essi.

« I tutori pei danni cagionati dai loro amministrati abitanti con essi;

« I padroni ed i committenti dei danni cagionati dai loro

(1) L. 44 pr. Ad leg. Aquil. Dig. IX, 2.

domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze alle quali li hanno destinati;

« I precettori e gli artigiani pei danni cagionati dai loro allievi ed apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza ».

E l'art. 1154 aggiunge:

« Il proprietario di un animale, o chi se ne serve, pel tempo in cui se ne serve, è obbligato pel danno cagionato da esso, tanto se si trovi sotto la sua custodia, quanto se siasi smarrito o sia fuggito ».

Si pensi dunque: Si è responsabili anche del fatto delle persone di cui ci serviamo, del danno cagionato dalle cose che abbiamo in custodia, e persino da nostri animali! Noi non facciamo un passo, dunque, senza incorrere in gravi, in enormi responsabilità.

Eppure, nessuno mai si è scagliato contro queste disposizioni della legge, come ingiuste ed inique, nessuno mai ha domandato delle limitazioni alla responsabilità che esse sanciscono.

Esse infatti consacrano un principio di giustizia, senza il quale non potrebbe esistere la convivenza civile. D'altronde, per terribile che sia questa responsabilità, essa è nello stesso tempo una minaccia e una protezione, perchè ci assicura contro la negligenza e l'ignoranza altrui. È un grave dovere, a cui corrispondono grandi diritti.

Ora è certo che il tranquillo cittadino, che si contenta di vivere modestamente colla sua rendita, che non esercita un mestiere, un'arte, una professione, che non si arrischia in speculazioni commerciali, avrà assai minori probabilità di incorrere nelle responsabilità di cui parliamo, che non l'armatore di navi, che le spedisce in mari lontani. Ma ciò che prova? Altre industrie vi sono che espongono chi le esercita a pericoli e responsabilità non meno gravi che l'industria marittima: eppure nessuno mai ha domandato per esse la protezione di un esonero di responsabilità. Anzi, in certi casi il legislatore ha sentito espressamente il bisogno di aggravarle:

e ciò appunto in una materia molto affine alla nostra, identica quasi: voglio dire in materia di contratto di trasporto.

L'art. 398 cod. comm. dispone:

« Il vettore è responsabile dei fatti dei suoi dipendenti, *di « tutti i vettori successivi* e di ogni altra persona a cui egli affidi l'esecuzione del trasporto ».

Si pensi adunque alle responsabilità a cui vanno incontro ogni giorno, le Società ferroviarie. È certo che, oramai, non sono meno frequenti i disastri ferroviari che i sinistri marittimi. Una statistica comparativa sarebbe molto istruttiva al riguardo, e mostrerebbe come non sia minore il pericolo a cui si espone chi viaggia in ferrovia, che chi intraprende una traversata marittima. Un momento di stanchezza in un deviatore o cantoniere, una improvvisa allucinazione nel macchinista che non vede i segnali, un istante di distrazione nel Capo stazione possono produrre terribili catastrofi: diecine di morti e feriti, merci rovinate, materiali costosi perduti. La responsabilità delle Amministrazioni è immensa, ed esse non hanno neppure il modo di rivalersi coll'indennità di assicurazione.

44. — E, del resto, senza voler negare i rischi della navigazione marittima, è pur vero che sono stati molto esagerati. Notammo già come quelli dell'esercizio di una ferrovia non siano minori. Aggiungiamo ora che i progressi della navigazione li hanno di molto diminuiti. L'applicazione del vapore ha aumentato, è vero, e resi disastrosi gli abbordi in mare, ha creato i pericoli derivanti dagli scoppi delle caldaie, ma — in compenso — quanti progressi ha fatto l'arte moderna delle costruzioni navali! In luogo delle fragili navi a vela in balia dei venti e delle onde per settimane e mesi, enormi piroscafi in ferro, muniti di macchine potenti, divisi in compartimenti stagni, forniti dei più perfezionati apparecchi di salvataggio, che sfidano gli uragani, e sono appena costretti a rallentare il cammino là dove una nave a vela sarebbe stata inghiottita dai flutti. Che dire poi di tutti gli al-

tri trovati della moderna civiltà per rendere sempre più sicura la navigazione? Dei fari costruiti in ogni costa, che con potenti riflettori elettrici spandono la loro luce a diecine e diecine di chilometri, dei porti moltiplicati e resi sicuri, dei semafori impiantati dovunque, che segnalano le navi in pericolo e chiamano sollecitamente i soccorsi?

Non esageriamo dunque, e guardiamo alla realtà dei fatti. E se anche una limitazione alla responsabilità poteva essere giustificata in tempi in cui chi s'imbarcava per un viaggio marittimo faceva, prima di partire, il suo testamento, non lo è più oggi che il viaggiare per mare è così poco pericoloso da essere entrato, si può dire, nelle abitudini di tutti.

45. — Ma i rischi della navigazione, se basterebbero a giustificare la limitazione della responsabilità per ciò che riguarda i fatti illeciti del Capitano, non varrebbero in nessun caso a coonestare la facoltà di limitare, e in certi casi, annullare le obbligazioni derivanti da contratti conclusi dal Capitano, nell'esercizio delle sue funzioni. Onde si è ricorsi ad un principio più generale, che vale tanto per i contratti quanto per i fatti illeciti, voglio dire al principio della separazione tra la *fortune de terre* e la *fortune de mer* degli armatori.

L'espressione, nata in Francia, ha avuto fortuna anche in Germania, e gli scrittori tedeschi di diritto marittimo l'hanno tutti adottata (1).

Cominciamo dal notare che la formula di questa espressione non risponde affatto al modo con cui si suole intenderla. Parrebbe infatti che, adottando il principio della separazione tra il patrimonio terrestre, e il patrimonio marittimo dell'armatore, si dovesse concluderne, che se i beni terrestri non possono essere escussi, tutto il patrimonio marittimo dell'armatore, debba costituire la garanzia de' suoi creditori marittimi. Ma non è in questo senso che i partigiani della re-

(1) Essa ha avuto ultimamente la sua sanzione legislativa nel Progetto di Codice Ungherese.

sponsabilità limitata intendono la separazione dei patrimonî. Se perciò l'armatore possiede molte navi, non tutte possono essere soggette ad esecuzione per il soddisfacimento dei debiti contratti dal capitano, e delle obbligazioni derivanti da sua colpa, ma solo quella a cui si riferisce direttamente il debito o che fu causa del danno.

Siffatta contraddizione si spiega agevolmente quando si consideri che la teoria della separazione tra il patrimonio di terra e il patrimonio di mare, di cui troviamo le traccie, per ciò che riguarda la responsabilità dei partecipi, fin nell'ordinanza per la procedura davanti ai consoli di Valenza (1283), si riferiva ai tempi in cui l'industria marittima era diversamente organizzata che oggi. Fino al principio del nostro secolo, la separazione tra la *fortune de terre* e la *fortune de mer* degli armatori rispondeva, fino a un certo punto, alla realtà dei fatti. Per lo più si trattava di un proprietario di una nave o di più comproprietarî di una sola nave, che esercitavano con essa il commercio marittimo. Ma oggidì la figura dell'armatore di un'unica nave, almeno per i lunghi viaggi, si può dire quasi scomparsa. Si tratta per lo più di potenti Compagnie, che posseggono flotte numerose, e che non hanno altro patrimonio che quello marittimo. Ed è questa la prova più efficace che la pretesa separazione ha fatto il suo tempo, e non è divenuta ormai che una formula vuota di senso.

Non si tratta più di salvare la modesta casetta, o il campicello avito del modesto proprietario di una nave: si tratta di colossali Società per azioni, per cui il pagamento delle indennità ai naufraghi o caricatori, rappresenterà, al più, la diminuzione di qualche lira sul dividendo annuale.

La Commissione che preparò il codice di commercio germanico formulò in modo assai più rigoroso o scientifico lo stesso concetto della separazione, ma intendendo parlare di separazione tra la cosa esposta al rischio della navigazione, ed il restante patrimonio dell'armatore. Ecco come essa si esprime: « Havvi una ragione fondamentale per escludere la responsabilità dell'armatore al di là del valore delle cose da lui af-

fidate ai rischi del mare, ed è questa, che appunto l'essenza della sua speculazione consiste nell'esporre un determinato valore ai rischi della navigazione; sicchè il capitano non può considerarsi autorizzato a contrarre oltre quel valore obbligazioni per conto dell'armatore, il quale non può certo avergli dato mandato di disporre di tutto il suo patrimonio» (1).

Prendiamo nota anzitutto che quì non si parla che delle *obbligazioni contratte dal capitano per conto dell'armatore*, e non quindi delle obbligazioni dell'armatore derivanti da fatti illeciti del capitano.

La Commissione riconosce che la volontà dell'armatore di non compromettere il restante del suo patrimonio, oltre la nave affidata al capitano, non può valere contro il principio d'ordine pubblico, che chi ha causato un danno sia direttamente, sia per mezzo dei suoi dipendenti, è obbligato a risarcirlo. La vita dell'uomo, l'incolumità delle merci che sono affidate alla perizia, alla vigilanza al senno del capitano valgono qualche cosa di più che non una presunta volontà dell'armatore (2).

---

(1) *Verbali della Conferenza d'Amburgo*, Seduta 26 maggio 1858 in RIDOLFI, *Il Diritto marittimo della Germania settentrionale*, Firenze, 1871, pag. 14.

(2) A questo proposito notiamo con piacere come la giurisprudenza italiana, dopo alquante incertezze, sia venuta con molte recenti sentenze a stabilire la nullità delle clausole d'esonero per i fatti del capitano e dell'equipaggio, che gli armatori sogliono inserire nei contratti di noleggio e nelle polizze di carico: App. Venezia 23 novembre 1885, *Diritto Comm.*, IV, 220; Cass. Torino, 14 dicembre 1880, *Monit. dei Tribun.*, 81, pag. 138; Cass. Palermo 11 giugno 1885, *Circolo giur.*, 1886, 100; Cass. Torino 23 agosto 1892, *Giurispr. ital.*, 1892, 1089; App. Genova 13 aprile 1893, *Temi Genovese*, 1893, 351; Cass. Torino 12 marzo 1894, *Ann. critico di giur. prat.*, VI, 2, 45. Così pure una lunga schiera di autori sostiene la nullità di quelle clausole, rendendo omaggio al principio che la responsabilità degli art. 1151, 1152, 1153, Codice civ. sono d'ordine pubblico: V. VIDARI, *Corso di diritto Commerciale*, vol. V, Milano, 1896, pag. 568; VIVANTE, *La polizza di carico*, Milano, 1881, pag. 51; MARGHIERI, *Il Diritto Commerciale Ital. esposto sistematicamente*, Napoli, 1884-85, pag. 450; BENSA, Nell'*Annuario critico di Giur. prat.*, 1892, II, 29; PIPIA, *Il Contratto di noleggio e la polizza di carico*, Torino, 1893, n. 525 e nell'*Annuario critico di giur. prat.*, 1894, II, 46; GIANNINI, *Appunti di dirit. marittimo*, nel *Diritto Comm.*, 1892, Vol. X, fasc. V; CRESP-LAURIN, *Cours de droit marit.*, I, pag. 638; DESJARDINS, *op. cit.*, vol. II, pag. 62.

Ma anche per le obbligazioni derivanti da contratto, il ragionamento della Commissione non conduce alla conseguenza che, perita la nave, l'armatore ha il diritto di non soddisfare ai debiti contratti in causa di essa. Concediamo pure che l'essenza della speculazione dell'armatore consiste nell'esporre un determinato *valore* ai rischi della navigazione. Ma ciò che prova? Prova al più che il capitano non deve essere autorizzato a contrarre prestiti al di là del valore della nave: e ciò si verifica nella normalità dei casi, perchè evidentemente, quando l'importo delle ripartizioni e degli approvigionamenti necessari superi il valore della nave, nessun capitano vorrà intraprenderli e preferirà vendere la nave (1). Ma non prova affatto che perita la nave, l'armatore abbia il diritto di non soddisfare alla obbligazione contratta.

E si noti che, nella realtà, la nave non perisce per il proprietario perchè questi intasca l'indennità d'assicurazione, mentre il creditore non ha neanche il diritto d'invocare la massima: *Pretium stat loco rei* (art. 1951 cod. civ.) perchè la giurisprudenza gli oppone che l'indennità è credito *personale* dell'armatore (2).

Ma la verità è che l'armatore, affidando la nave al capitano ed autorizzandolo a contrarre obbligazione di trasportar persone e cose, lo autorizza, implicitamente, anche a contrarre l'obbligazione di pagare il prezzo delle riparazioni che è obbligato ad effettuare, e ciò perchè chi vuole il fine non può non volere i mezzi (3).

---

(1) S'intende che il caso di riparazioni superanti il valore della nave non potrà darsi che quando la nave è inabilitata alla navigazione. Ed in questo caso appunto l'art. 513 cod. comm. autorizza il capitano alla vendita.

(2) È questo, indubbiamente, il sistema del nostro Codice: App. Genova 7 marzo 1884, *Eco di Giur.*, VIII, 83; Cass. Torino 7 febbraio 1885, *Giurisp.*, 1885, 144; Cass. Torino 29 dicembre 1883, *Giurisp.*, 1884, 234. Così nota criticandolo, il VIVANTE, *Contratto di assicurazione, Assicuraz. marittime*, Milano, 1890, pag. 257; V. anche BERLINGIERI, *op. cit.*, pag. 840.

(3) V. anche FRÉMERY, *Etudes*, pag. 194.

§ 4. — *La limitazione della responsabilità si può far dipendere da una convenzione espressa o tacita fra il terzo contraente e il capitano? Il preteso* mandato necessario *di quest'ultimo.*

SOMMARIO. — 46. Argomento addotto dall'EMÉRIGON che il terzo ha intenzione di prestare alla nave soltanto. — 47. Argomento del ROMAIN de SÈZE. *Il mandato necessario.* — 48. Si dimostra che il mandato del capitano non è un mandato necessario. Opinione del TARTUFARI.

46. — Un argomento a cui si fa ricorso per giustificare la limitazione della responsabilità per le obbligazioni legittimamente contratte dal capitano, è il seguente, fatto valere dall'Emérigon. In fatto chiunque fa dei prestiti ad un capitano in corso di viaggio, ha l'intenzione, secondo la consuetudine universale egualmente intesa da tutti i commercianti, di prestare alla nave solamente, senza pretendere di avere per debitori nè il capitano, nè i proprietari della nave (1).

Ora il Frémery dimostra splendidamente che questa convenzione non si può supporla nè espressa, nè tacita. Non espressa, perchè non può dedursi da alcuno dei termini usati per constatare questa sorta di prestiti; il capitano riconosce infatti che ha ricevuto e che deve, ma mai si è sentito parlare di una riserva enunciante che nè il capitano, nè i proprietari si sono pertanto personalmente obbligati. Non tacita, perchè non deriva certo dal consenso spontaneo del creditore, che non avrebbe senza motivo rinunciato ai vantaggi di un'azione personale (2).

---

(1) EMÉRIGON, *Contrats à la grosse*, Cap. IV, sez. II.

(2) FRÉMERY, *op. cit.*, pag. 191 e 192. Nei verbali della conferenza di Amburgo, tra le altre ragioni addotte per sostenere la responsabilità limitata, troviamo anche questa: « che chi contrae ha più riguardo alla nave e alla persona del capitano, che non alla persona e alla salvezza degli armatori, che spesso appena conosce ». Ciò poteva forse esser vero nel 1858, non oggi che gli armatori sono grandi Compagnie, di cui l'esistenza e le condizioni non possono non essere conosciute da chi abbia una mediocre pratica di affari marittimi. Curiosa poi l'affermazione che il mutuante abbia maggior fiducia nell'ignoto capitano di un piroscafo, che non nella Società che egli rappresenta! V. Verb. della Conf. d'Amburgo, Sed. 26 maggio 1858 in RIDOLFI, *Il diritto marittimo della Germania settentrionale*, pag. 14.

Del resto, quanto poco valore abbia quest'argomento, lo dimostra il fatto che uno dei più valorosi sostenitori della responsabilità limitata, il Berlingieri, non si perita di esclamare: « Dopo ciò v'è bisogno, per giustificare la limitazione della responsabilità degli armatori, di ricorrere ad una convenzione espressa o tacita fra il terzo e il capitano? » (1).

47. — Onde è che avremmo anche tralasciato di trattare questo punto se non l'avesse ripreso il Romain de Séze confortando la sua tesi con nuove argomentazioni.

Egli adunque afferma: 1° che la convenzione per cui una società e un privato stipula che la responsabilità risultante per lui da un'obbligazione sarà ristretta ad un determinato oggetto è perfettamente lecita e legittima; 2° che tale convenzione tra il terzo e il capitano non risulta dalla volontà espressa o tacita del mutuante, ma dalla legge stessa.

La legge — dice il Romain de Sèze — conferisce al capitano un *mandato necessario*. Ora, avendo dovuto fissare essa stessa l'estensione di questo mandato o piuttosso, dichiararlo, in qualche modo, *senza limiti*, ha potuto, nell'interesse dell'armatore, limitarne almeno l'*effetto*. La giustizia gliene faceva un dovere, la buona fede dei terzi non poteva essere sorpresa, poichè la limitazione *si trova indicata nella legge stessa che precisa i poteri del capitano* (2).

Che vuol dire adunque, in sostanza, il Romain de Sèze? Che il mandato del capitano deriva dalla legge, e che la legge, nel conferirglielo ne ha limitati gli effetti: ciò è a conoscenza dei terzi contraenti, la cui buona fede non viene affatto sorpresa.

Ma, o c'inganniamo, o il ragionamento del Romain de Sèze include una petizione di principio. Quello che noi cerchiamo non è già se nella legge vi è una limitazione del mandato del capitano: ciò si capisce, per poco che si legga l'art. 491 cod.

(1) Berlingieri, *op. cit.*, pag. 833.

(2) Romain de Sèze, *op. cit.*, pag. 49 e 50.

comm. Noi chiediamo invece se tale limitazione è logica, è giusta, è ragionevole. E lo sarebbe stato senza dubbio, se con essa non si fosse fatto altro che confermare — come diceva l'Émérigon — la consuetudine universale per cui chi presta al capitano intende prestare solo alla nave. Ma il Romain de Sèze confessa che questa intenzione del creditore non risulta nè espressamente, nè tacitamente, ma da una *stipulazione legale* (1). Ora, è facile capire come l'intervento della legge escluda di per sè stessa la volontà del mutuante. Vano quindi il ricorrere ad essa per giustificare la limitazione di responsabilità.

Che se, invece, non si vuol far ricorso a questa pretesa intenzione del terzo contraente, ma si vuol giustificare la limitazione di responsabilità fondandosi su ciò che il mandato conferito al capitano, è un mandato *legale* o *necessario,* la questione è completamente spostata.

Ma anche sotto questo punto di vista, la teoria del Romain de Sèze è essa accettabile? La legge — dice egli — dà al capitano il mandato: la legge ne limita gli effetti: nulla di più giusto e di più naturale: meglio, nulla di più giuridico (2).

Il mandato necessario : ecco la gran parola con cui si crede di poter rispondere a tutte le obiezioni. Vediamo dunque, se davvero il mandato del capitano è un mandato necessario.

Perchè il Romain de Sèze lo qualifica così?

Anzitutto perchè la scelta del mandatario non è fatta dal mandante, ma dalla legge che richiede un determinato diploma: poi per l'impossibilità di sorveglianza; infine, per la pratica difficoltà di limitarlo e revocarlo.

Alle due prime ragioni abbiamo già risposto, dimostrandole inesistenti. Circa la limitazione delle facoltà concesse al capitano, l'armatore si trova nell'identica condizione di qualsiasi altro preponente che abbia conferito a un istitore terrestre un mandato tacito: egli non può opporre la limita-

---

(1) *Op. cit.,* pag. 38.
(2) *Op. cit.,* pag. 45 e 49.

zione, se non prova che la conoscevano (art. 370 cod. comm.). E neppure esiste difficoltà di revoca, una volta che l'armatore può raggiungere, con un telegramma, il capitano in qualsiasi porto, e congedarlo (art. 494).

Il capitano adunque, non è altro che un istitore qualunque: il suo mandato deriva dal contratto di arruolamento, e non dalla legge: la *legge non fa che regolarlo*, e lo regola, come abbiamo visto, circondandolo di tutte le possibili cautele.

Non è quindi il luogo di parlare di *mandato necessario:* si tratta invece di *mandato di cui la legge stabilisce un'estensione presuntiva a favore dei terzi di buona fede:* ed a questa categoria di mandatarii appartengono, oltre i capitani, anche gli istitori terrestri, gli armatori-gerenti, i raccomandatarii, gli amministratori e rappresentanti di società civili e commerciali.

« In ognuno di questi casi — dice benissimo il Tartufari — arbitra suprema è, senza dubbio, la volontà del rappresentato, siccome quegli che ha solo il diritto di disporre liberamente delle cose sue. Ma poichè ben può accadere che di fronte ai terzi tale volontà non sia o non apparisca sufficientemente determinata, e poichè da ciò gravi pericoli potrebbero derivare alla stabilità e sicurezza dei rapporti giuridici in buona fede costituiti, così la legge, ad evitare siffatti pericoli, ed a garanzia di tali rapporti provvidamente dispone che in difetto di speciali ed espresse determinazioni apposte al mandato, abbia questo a presumersi esteso ad una certa serie di atti, e cioè appunto a quelli normalmente necessari ed appartenenti allo scopo ed all'oggetto pel quale fu conferito » (1).

Mandatari necessari — o, per essere più esatti, *rappresentanti necessari*, perchè nell'idea di mandato è inclusa l'idea di libera e volontaria preposizione — cioè rappresentanti imposti dalla legge, sono il padre, come amministratore legale dei beni dei figli minori, il tutore, il marito, il curatore del fal-

---

(1) Tartufari, *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti*, Torino, 1892, pag. 226.

limento, il curatore dell'eredità giacente. Come assimilare ad essi il Capitano, liberamente scelto dall'armatore? Come affermare che l'armatore è obbligato dalla legge a scegliere il Capitano, ed a conferirgli determinati poteri, una volta che egli può non sceglierne affatto, se ciò gli conviene, e se è fornito dei titoli necessari?

L'argomentazione dunque del Romain de Sèze è ingegnosa e sottile, ma si basa tutta sul mandato necessario che non esiste, come vedemmo, nè in diritto, nè in fatto (1).

---

(1) Anche l'EHRENBERG, *Beschränkte Haftung des schulders nach See-und Handelsrecht* (Iena, 1880, pag. 181 e seg.) basa la responsabilità limitata sopra il mandato legale o necessario del Capitano: e secondo che i contratti di esso sono conclusi in forza del mandato legale, oppure in forza di uno speciale mandato, dichiara aver luogo la responsabilità limitata o illimitata. Ecco come si esprime: « Il capitano è mandatario dell'armatore, e non solo pei puri uffici nautici, ma anche — e in ciò si distingue da tutti gli altri membri dell'equipaggio — per gli uffici giuridici: egli può compiere atti che valgono come se fossero fatti dalla persona dell'armatore. Naturalmente quest'ultimo risponde per questi atti solo allora che il capitano ha agito in forza del suo mandato, e questa responsabilità così per lui, come per gli interessati al carico, deve essere limitata, quando il Capitano ha agito come tale, in forza delle sue facoltà legali (*wen der Schiffer auf Grund seiner gesetzglichen Vollmacht als solcher handelte*). Quando egli ha agito, in virtù di un mandato speciale oppure rispetto ai terzi un tal mandato appariva — sia o pur no compreso nella cerchia del mandato legale — allora sopravviene la responsabilità illimitata « (*Wenn dieser* — cioè il Capitano — *dagegen auf Grund einer Spezialvollmacht handelte... so tritt unbeschränkte Haftung ein*) ».

E il IACOBS presidente della sezione di Diritto marittimo al Congresso di Bruxelles, così si esprime nelle sua relazione: « Le capitaine, en cours de voyage, a des pouvoirs étendus; il est comme on le disait jadis, le maître après Dieu. L'espression *mandat* n'est pas exacte: c'est capacité légale qu'il faut dire. Il n'a pas été passé entre l'armateur et le Capitaine un contrat qui détermine ses pouvoirs: ceux-ci sont la conséquence légale de ses fonctions telles que les détermine la lois ».

Se s'intende alludere alle funzioni tecniche del Capitano, ciò può essere in parte vero: ma dire che non è interceduto fra armatore e Capitano un contratto che determina i suoi poteri, non è per nulla esatto, giacchè l'armatore può benissimo limitare i poteri del Capitano, e può opporre tale limitazione ai terzi, purchè provi che essa era a loro conoscenza. (Così dichiara esplicitamente il codice germanico, art. 500).

§ 5. — *La personalità giuridica della nave.*

SOMMARIO. — 49. Autori che accennano al concetto della personalità giuridica della nave. *Le risoluzioni* del Congresso di diritto marittimo di Genova. — 50. Con la personificazione della nave si crea una nuova finzione giuridica, e si offende la distinzione tra oggetto e soggetto del diritto. Non reggono le sottili distinzioni della Commissione per il credito navale. — 51. Inoltre colla personificazione si giunge all'assurdo di un diritto reale sopra una persona giuridica. — 52. Altri gravi inconvenienti pratici della personalità giuridica della nave.

49. — L'incongruenza giuridica, e gli inconvenienti pratici dei sistemi che sanciscono la responsabilità *personale* e *limitata* dell'armatore, hanno indotto alcuni giuristi fautori della responsabilità limitata ad andare più in là e proclamare addirittura la *personalità giuridica della nave.* Ma come falsa era la strada che battevano, così l'inoltrarsi ancora in essa non poteva condurli che ad una falsa meta.

L'idea che l'armatore non possa essere tenuto al di là della nave, perchè questa costituisce un ente giuridico distinto, non è certamente nuova.

Il Dussand dedica uno speciale capitolo alla *nave considerata come persona civile ;* parla della *nazionalità* della nave, del suo *stato civile,* del suo *domicilio* (1).

Così pure il Cresp. E il Laurin, dopo avere confermato che la nave costituisce in qualche modo una *persona vivente,* aggiunge : « Come questa, ha il suo domicilio, che è il suo porto d'iscrizione, e che, conformemente al diritto comune, è attributivo di giurisdizione, come questa ha una patria, con tutti i privilegi che conferisce la nazionalità : come questa, e più di questa non può viaggiare senza una specie di lasciapassare, vero passaporto, come dice in modo così giusto e pittoresco il sig. Cresp. D'altra parte benchè la nave non formi un patrimonio distinto dalla fortuna generale dell'armatore, non è men vero che, per la forza stessa delle cose, esso si trova posto sotto un regime affatto speciale. Il capitano ha per la

---

(1) DUSSAND, *De la propriété des navires,* Parigi, 1877, pag. 28 e segg.

condotta e l'amministrazione del suo bastimento i poteri più estesi, egli ne è il *padrone dopo Dio*, e, come ultima singolarità, bisogna notare che l'armatore può affrancarsi dalla responsabilità pei fatti del Capitano mediante l'abbandono della nave e del nolo: il che giunge insomma a far pagare *i debiti della nave dalla nave stessa*. Si vede che se non v'e completamente persona civile, ciò le rassomiglia molto » (1).

Così in una sentenza del Tribunale d'Anversa del 27 agoste 1857, confermata dalla Corte di Bruxelles, la quale non esitava ad affermare: « Da tutto ciò risulta che la nave « *Télégraphe* » è *in colpa* e pertanto *responsabile*, responsabilità che a termini dell'art. 216 cod. comm., si estende alla Società convenuta come proprietaria... Per questi motivi: visto che l'abbordaggio di cui si tratta è *imputabile alla nave* « *Télégraphe* » condanna la Società convenuta in persona del suo Direttore...» (2).

Ma il maggior trionfo della teoria della personificazione della nave si deve alla Commissione del credito navale del Congresso di diritto marittimo di Genova (1892), la quale non si peritava di esporre, ed il Congresso le accettava, le seguenti Risoluzioni (3).

I.

« Ogni nave è considerata un ente con responsabilità limitata a quanto ne costituisce il patrimonio.

« L'indennità d'assicurazione fa parte del patrimonio della nave ».

---

(1) LAURIN sur CRESP., *op. cit.*, vol. I, pag. 59, n. 9.

(2) In DE COURCY, *Quest. de droit marit.*, II, pag. 113 e seg. — In Germania — come nota l'EHRENBERG, *Beschränkte Haftung*, pag. 446 — questa teoria ha incontrato poco favore.

(3) V. BENFANTE, *Congresso internazionale di diritto marittimo, Relaz. critica*, Palermo, 1893, pag. 49. Le proposte della Commissione, alquanto diverse nella forma, si possono vedere nella *Relazione della Commissione per il credito marittimo*, Genova, 1892, pag. 23 e seg. Relatore fu l'avv. Piccone.

II.

« La gestione e rappresentanza attiva e passiva della nave spetta all'armatore.

« L'armatore è il proprietario o colui che è eletto dalla maggioranza di quote di proprietà.

«Della qualità di armatore deve risultare dai registri del Compartimento marittimo e dall'atto di nazionalità.

« L'armatore deve sotto la propria responsabilità personale, osservare le forme che saranno prescritte dalla legge nazionale per le obbligazioni che riguardano la nave ».

50. — Finchè la personalità giuridica della nave era affermata isolatamente da qualche scrittore, o dal giudicato di qualche tribunale, poteva considerarsi come una similitudine — fantastica fin che si vuole — per esprimere l'idea della separazione tra il patrimonio di terra, e il patrimonio di mare dell'armatore: ma quando la vediamo con tanta coscienza affermata da un Congresso in cui siedevano il fior fiore dei cultori del diritto marittimo in Europa, con tanta precisione disciplinata, con tanto calore raccomandata per l'attuazione legislativa, essa diventa uno di quegli argomenti in cui la discussione, più che utile, è necessaria e doverosa.

Tralasciando quanto siamo venuti fin qui dicendo contro la responsabilità limitata degli armatori, e che qui si potrebbe ripetere, consideriamo l'idea della personalità giuridica in sè, astrazion fatta dal principio, di cui essa è l'attuazione, anzi l'esagerazione.

E cominciamo dal notare, che il concetto generale da cui si parte, è in opposizione con uno dei principii fondamentali della scienza, che è quello di sfuggire, per quanto è possibile, alle finzioni giuridiche.

Queste potevano servire ai giuristi Romani, i quali si trovavano di fronte a un *ius civile* stretto e rigoroso, che dovevano piegare ai nuovi bisogni della vita civile; potevano essere utili ai glossatori ed ai commentatori, per spiegare qualche

principio, o per adattare il Diritto Romano alle necessità dei nuovi tempi. Ma oggidì esse, se giovano ai metafisici del diritto, non servono punto a far progredire la scienza, nè rispondono ai bisogni della pratica.

Innalzare la nave a soggetto di diritto val poi quanto confondere il soggetto coll'oggetto del diritto. Nè le ragioni, addotte per rispondere a questa obiezione, sono persuasive ed esaurienti. « Per quel che spetta alla possibilità di personificare giuridicamente la nave — dice il relatore della commissione — a nessuno può cadere in mente che vogliansi, con siffatta personificazione, offendere la intangibile distinzione tra il soggetto e l'oggetto del diritto, per inalzare la nave, considerata in sè stessa, al rango di persona capace di esercizio attivo e passivo di diritti.

« Rispettata dunque la giuridica distinzione tra persone e cose, che, anche volendo, non potrebbe mai trasandarsi, come quella che è un'imprescindibile necessità, tratterebbesi di dare una personalità giuridica alla nave, *non in sè stessa, che ne è incapace, ma a quella aggregazione di speculazioni e di interessi, che intorno ad essa si aggruppano.*

«... Non è nemmeno una novità pel diritto il considerare come persona morale sceverata da qualsiasi concetto di personalità fisica, *un'aggregazione di capitali od interessi, ed in questo consiste appunto la risoluzione del proposto problema* » (1).

Che si è voluto dire con ciò? Si è voluto fare una distinzione sottile quanto poco fondata, della *nave come cosa,* dalla nave come *capitale, strumento di produzione.*

Ma così, non che offendere la distinzione tra persone e cose, si viene a sopprimere addirittura il concetto di *cosa.* Tutto ciò che cade nel concetto di *capitale,* cioè di *prodotto destinato alla riproduzione,* potrebbe diventare soggetto di diritto, giacchè tuttociò che è capitale, raggruppa intorno a sè una *aggregazione di interessi.* Una casa, un fondo, una macchina, un opificio sono capitale, sono strumento di produzione

---

(1) Relazione della Commissione per il credito navale, pag. 4.

economica: come tali, esigono spese, e producono reddito, ecco dunque che sarebbero suscettibili anch'essi di diventare una persona giuridica. E tutti sanno quanto sia largo il concetto di *capitale*. Il Wagner ad esempio, definisce il capitale un fondo (provvista) di beni economici — di beni naturali — che devono trovarsi in una economia come mezzi tecnici per la consecuzione di altri beni: esso è *mezzo di produzione*(1).

Se perciò la distinzione della sotto-commissione del Credito navale fosse accettata, e ricevesse larga applicazione, nessuno più potrebbe dire di avere un diritto sopra una cosa, di essere proprietario, usufruttuario o locatario, ma ognuno diventerebbe amministratore perpetuo o temporaneo — con maggiori o minori poteri — di un ente giuridico distinto e speciale.

Ma del resto, come è possibile sceverare questo carattere di oggetto, di cosa, dal carattere di strumento di produzione? La nave dunque, come aggregato fisico di legno e di ferro, sarebbe oggetto del diritto: come macchina atta a trasportare ed aumentare così il valore delle cose, ossia, come strumento di produzione, sarebbe persona giuridica? Ma essa, intanto, ha vita come oggetto materiale, in quanto è destinata a produrre dei valori, delle utilità: i due caratteri sono inscindibilmente uniti, ed una separazione non può esser neppure concepita.

Lasciamo dunque da parte queste inafferrabili distinzioni, e confessiamo piuttosto la realtà; si è voluto — con la personificazione della nave — innalzare l'oggetto a soggetto di diritto: e si è lesa, effettivamente, la severità dei principî giuridici.

51. — Si è poi fatto ricorso ai precedenti: «Nell'Inghilterra, che a giudicare dal primato, per non dire dalla padronanza che essa ha conquistato nel traffico marittimo, può pre-

---

(1) Citato da KLEINWÄCHTER, *La produzione economico-sociale in generale*. Nel *Manuale di Economia politica* dello SCÖNBERG, *Bibl. degli Economisti*, Serie III, vol. XI, Torino, 1886, pag. 241.

tendere ed atteggiarsi a maestra, è frequente l'uso della costituzione di una Società a *responsabilità limitata*, come diciamo noi, *anonima*, per la costruzione ed esercizio di una sola nave: e nulla può vietare che ciò che comunemente può farsi e si fa per volere delle parti, sia predisposto dalla volontà e disposizione del legislatore » (1).

Ma ciò non prova nulla, nè giustifica la grave lesione dei principii giuridici. Nel caso della Società anonima per la gestione di una sola nave, persona giuridica è la Società anonima, non la nave. E la cosa, ci sembra, è molto differente.

E non si creda che la rimproverata lesione dei principî sia una fisima giuridica, uno scrupolo di quella *scienza astratta* per cui la commissione nutre tanto disprezzo.

Per convincersene, basta rileggere il principio della risoluzione 2ª:

« *La gestione e rappresentanza attiva e passiva della nave spetta all'armatore.*

« *L'armatore è il* PROPRIETARIO, *o colui che è eletto dalla maggioranza di quote di* PROPRIETÀ ».

Notate bene, adunque: PROPRIETARIO O COMPROPRIETARIO DELLA NAVE.

Come si concilia la *proprietà* colla *personalità giuridica* lo sa la sottocommissione soltanto: non noi, per cui è assurdo immaginare un *diritto reale sopra una persona giuridica*.

Ma forse anche questa è una fisima della *scienza astratta*. Occupiamoci dunque della questione pratica, e vediamo come possano essere disciplinati i rapporti tra la *nave persona giuridica* ed il suo *proprietario*.

Il proprietario della nave, stando ai principii della commissione, avrebbe un duplice carattere. Quello di proprietario e quello di amministratore della persona giuridica nave: come proprietario la sua personalità si confonderebbe con quella della nave: come amministratore (armatore) sarebbe

---

(1) Relazione della Commissione etc. pag. 4.

distinta. Di qui la possibilità di rapporti giuridici fra lui e la nave: crediti e debiti; di qui, per esempio, l'obbligo del risarcimento dei danni per la cattiva o negligente gestione. Onde la conseguenza che il proprietario di una nave potrebbe diventare creditore di sè stesso, debitore di sè stesso, obbligato a risarcire i danni a sè stesso.

Ma non basta. Certamente la commissione, erigendo la nave ad ente morale, non ha preteso d'immobilizzarla e impedirne la cessione e l'alienazione. Quindi, come si potrebbe essere proprietario di una persona giuridica, si potrebbe alienarla, pignorarla, ipotecarla, sequestrarla, procedere su di essa ad esecuzione forzata (1).

52. — Dopo ciò, potremmo anche dispensarci dall'esaminare come la commissione del credito navale abbia attuato il suo concetto, che è il trionfo dell'assurdo giuridico. Ma ci fermeremo sopra due punti che ci sembrano specialmente interessanti per dimostrare l'inattuabilità pratica di questo sistema.

Il primo è che la commissione preoccupata sopra tutto di regolare i rapporti nascenti dalla comproprietà della nave, come traspare da tutta la relazione, non ha considerato affatto quello che è il caso più frequente, si può dire, oggigiorno: il caso cioè di una grande società a responsabilità limitata che possiede, ed esercisce un gran numero di navi. Allora, ogni nave costituendo un ente giuridico a parte, si avrebbero tanti piccoli enti in seno a un ente più grande che tutti li assorbe. E — si domanda giustamente il Benfante — come si potrebbe riuscire, in pratica, a tenere perfettamente distinto il patrimonio di ciascuno di essi? (2).

---

(1) In sostanza, la dottrina della Commissione non è che una strana applicazione della teoria, la quale vorrebbe fare delle persone giuridiche altrettanti *patrimoni ad uno scopo*, così crudamente sforzata dal nostro GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche*, vol. I, pag. 42.

(2) *Op. cit.*, pag. 10.

Il secondo punto si riferisce alla *liquidazione giudiziale* della nave. La commissione non è andata fino a proporre il *fallimento della nave* (e se l'avesse fatto, sarebbe stata per lo meno logica), ma ha escogitato un sistema che dà luogo a tante difficoltà, che basta esporle per dimostrare quanto sia strano e inattuabile.

Dice dunque la *Risoluzione terza* :

« Se la nave non si trova in condizione di soddisfare alle proprie obbligazioni, l'armatore, sotto la propria responsabilità, è tenuto a presentare al Tribunale del Compartimento marittimo, presso il quale è iscritta la nave, lo stato attivo e passivo di essa, per procurarne la liquidazione, secondo la procedura espressamente stabilita dalla legge del luogo.

« Il Tribunale convoca i creditori per la nomina di un amministratore.

« La liquidazione può provocarsi da ogni creditore della nave ».

Ora noi domandiamo: Quale sarà il momento, in cui la nave si trova nelle condizioni di non soddisfare alle proprie obbligazioni?

Da quali criteri, entro quali limiti deve intendersi lo stato di insolvibilità della nave? Quando comincia, cioè, la responsabilità dell'armatore? Quando può ogni creditore della nave, procurarne la liquidazione?

Basta — osserva il Benfante — porre il quesito per dimostrare la poca serietà della risoluzione (1).

E ciò si capisce: da un principio strano e antigiuridico non possono derivare che conseguenze strane e d'impossibile attuazione (2).

---

(1) BENFANTE, *op. cit.*, pag. 9.

(2) Le risoluzioni del Congresso di Genova furono anche vivamente censurate dal DESJARDINS, *Les congrès international de droit maritime de Gênes*, nella *Revue internat. du droit marit.*, VIII, pag. 445 e segg.

§ 6. — *I «supremi interessi del commercio marittimo».*

SOMMARIO. — 53. Gli interessi del commercio marittimo non richiedono affatto la limitazione di responsabilità. — 54. Specialmente oggi che il commercio marittimo è, prevalentemente, esercitato da grandi Società anonime, la cui responsabilità è già limitata.

53. — E veniamo all'ultimo degli argomenti addotti dai sostenitori della responsabilità limitata, che, prescindendo dall'equità e dalla logica del principio, si appella all'*utilità* di esso, e lo invoca in nome dei *supremi interessi del commercio marittimo.*

La frase — nota bene il Guariglia — è molto elastica e, come tutte le sue pari, sembra voglia dir molto, ed invece dice poco (1). Che cosa s'intende per necessità del commercio marittimo?

Ce lo spiega il Berlingieri il quale afferma che, togliendo agli armatori il benefizio dell'abbandono, si allontanerebbero i capitali dall'industria marittima, e verrebbe così necessariamente a diminuire il numero delle navi (2).

E il Romain de Sèze aggiunge:... «on doit reconnaître que la marine est pour une nation une richesse et une force, et, que, si l'Etat est intéressé à conserver les dots des femmes, y va pour lui d'un intérêt bien autrement puissant de protéger ceux qui consacrent leur fortune à l'armément, et d'empêcher qu' il ne devienne pour eux une cause de ruine» (3).

Tutelare gli interessi del commercio marittimo adunque, secondo l'opinione di questi scrittori, significa proteggere gli armatori, creando per loro un'eccezione al diritto comune.

Ci sembra in ciò che si sia trascurato di tener conto di un'altra classe di persone, che pure hanno qualche importanza nel commercio marittimo, vogliamo dire i caricatori. Gli armatori, incoraggiati dalla loro posizione eccezionale, possono

---

(1) GUARIGLIA, *op. cit.*, pag. 16.

(2) BERLINGIERI, *op. cit.*, pag. 833.

(3) ROMAIN DE SÈZE, *op. cit.*, pag. 47.

indursi a costruire quante navi si voglia, ma saranno costretti a disfarsene, o a tenerle inoperose, se i produttori preferiranno vendere come possono sul mercato le loro merci, piuttosto che arrischiarle, senza alcuna prospettiva d'indennizzo, in un lungo viaggio di mare, o pagare un premio d'assicurazione che, aggiungendosi al nolo, finirebbe col non rendere più remunerativa la loro speculazione. Non si dimentichi poi che fra le necessità del commercio marittimo v'è anche il credito e questo si mostra tanto più largo, quanto più estesa è la responsabilità. Ed a ragione notano Lyon Caen et Renault che non si è tanto solleciti ad imprestare, quando il mutuatario può, a titolo di rimborso, limitarsi a far l'abbandono di una nave colata a picco, o della quale non restano che degli avanzi senza valore (1).

Una delle più immediate conseguenze della restrizione alla responsabilità degli armatori per le obbligazioni contratte dal capitano è questa, che l'armatore è portato a non occuparsi direttamente dell'amministrazione della nave, per non perdere il benefizio della separazione dei patrimoni, e per non assumere obbligazione indefinita, oppure a simulare l'astensione, ed amministrare per mezzo di un mandatario irresponsabile pronto a ripudiarne le obbligazioni appena ciò gli faccia comodo. Come tutto ciò giovi alle necessità del commercio marittimo, ci è impossibile comprendere, a meno che si voglia sostenere che esso viva e si avvantaggi della indifferenza e della mala fede.

Del resto la storia è là ad insegnarci che lo sviluppo di una marina mercantile dipende da ben altre cause che dalla limitazione di responsabilità. L'Inghilterra, che pure creò la sua formidabile potenza commerciale e marittima all'ombra del più ferreo sistema protezionista, non sentì alcun bisogno di limitare la responsabilità degli armatori, e la prima legge protettiva al riguardo, ottenuta mercè potenti pressioni eserci-

---

(1) Lyon Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, Paris, 1874-85, vol. II, pag. 58.

tate sul Parlamento, non risale che alla seconda metà del secolo scorso, quando la supremazia commerciale dell'Inghilterra era già saldamente stabilita.

54. — Una limitazione di responsabilità poteva anche essere imperiosamente richiesta dai bisogni del commercio marittimo quando questo era tutto in mano ai piccoli armatori. Allora per spingere i capitalisti a farsi armatori di navi, poteva essere necessario l'assicurarli che non sarebbero stati molestati oltre il capitale impiegato. Ma oggidì l'organizzazione dell'industria marittima è tale, i capitali che essa richiede sono così ingenti, che oltrepassano la potenzialità finanziaria di un solo individuo, e richiedono l'intervento di quel potente strumento economico che sono le società anonime.

In queste la responsabilità è già limitata: ogni socio non rischia nulla oltre le azioni che possiede, per lo più di piccolo taglio, e ripartite tra migliaia e migliaia di azionisti.

Rendere illimitatamente responsabile una di queste società non vuol dire affatto rovinare individui, ridurre alla miseria famiglie di coraggiosi armatori. Sarebbe anzi a nostro avviso provvedimento saggio ed opportuno per non rendere doppiamente sensibile quello, che è il maggior difetto di queste provvide istituzioni, cioè l'assenza di responsabilità personale. Non si deve dimenticare che esse sono organismi che per dare buoni frutti debbono essere circondati di ogni cautela e saggiamente amministrati. La Società anonima è, per dir così, un coltello a doppio taglio, che se ci ha dato l'apertura del Canale di Suez, ci ha dato pure le immani catastrofi finanziarie del Panama. Infiacchire ancora il principio della responsabilità, creando una doppia limitazione, oltre che inutile, può riuscire sommamente pericoloso.

§ 7. — *Opinione che ammette la limitazione di responsabilità solo pei fatti illeciti, e non pei contratti del Capitano. Conclusione.*

SOMMARIO. — 55. Opinione che ripudia la limitazione pei contratti, e l'ammette pei fatti illeciti. — 56. Specialmente per questi, l'umanità, oltre a tutte le altre ragioni esposte finora, esige che la responsabilità sia illimitata. — 57. Conclusione generale - Voti per una riforma.

55. — L'opinione che ammette la limitazione di responsabilità solo pei fatti illeciti del Capitano, non è certo recente: era probabilmente quella che l'ordinanza francese del 1681 aveva voluto accogliere, quella che il Valin sosteneva, quella che, sotto l'impero del codice del 1807, la Cassazione francese aveva fatto prevalere.

Ma anche oggi essa ha valenti sostenitori, come il De Courcy (1) e il Dobrilla (2).

A noi per dire il vero, sembra che la questione della responsabilità pei contratti del capitano, abbia perso molto della sua importanza oggi, in cui l'armatore può, in brevissimo tempo, per mezzo del telegrafo, obbligarsi personalmente, e così ovviare a tutti gli inconvenienti della responsabilità limitata (3). Ciò non toglie — è vero — che la responsabilità illimitata, almeno pei contratti del Capitano, sia già un gran passo verso la meta a cui noi aspiriamo. Ma noi crediamo che il punto più importante della questione sia la limitazione della responsabilità pei fatti illeciti del capitano. Questa limitazione, oltre al ferire i principii di diritto, ferisce anche i più sacri principii di umanità.

56. — Molto si è scritto finora sulla misera sorte del povero armatore costretto, ove fosse sancito il principio della responsabilità illimitata, a vedersi espropriare la modesta ca-

---

(1) DE COURCY, *Quest. de droit marit.*, 3ª serie, pag. 277.

(2) *Sulla responsabilità degli armatori pei fatti dei capitani*, Trieste, 1864.

(3) Questo per gli inconvenienti pratici: l'inconseguenza giuridica resta, si capisce, sempre.

setta, e i campicelli paterni. Ma nessuno si è commosso della sorte dei naufraghi di un bastimento calato a picco in causa di una errata manovra del capitano, delle mogli, dei figli delle vittime ridotti alla miseria e affranti dal dolore. E fa meraviglia che uno scrittore d'ingegno e di cuore, il De Courcy, parli con tanta indifferenza di casi così pietosi e commoventi. « E non si obbietti — dice egli — che i danni che non saranno riparati dai proprietarii della nave verranno sopportati dai terzi lesi, non meno innocenti della colpa commessa. Questi terzi lesi avevano, anche essi, liberamente esposto la loro cosa alle avventure ed ai pericoli del mare; sapevano bene che vi potrebbero essere delle manovre criticabili da parte del capitano e delle imprudenze dei marinai; essi hanno accettato questi rischi, essi sono stati liberi di garantirli con una assicurazione ed, ordinariamente, non vi hanno mancato. *Res perit domino*, dirò io, giacchè bisogna parlar latino. È uno degli accidenti previsti, uno dei pericoli del mare » (1).

Non sembra neppure vero. *Res perit domino*, dice il De Courcy: un passeggero è morto: è giusto che i figli privi del loro unico sostegno restino senza pane. — *Res perit domino*: una madre salvatasi per miracolo, ha perduto il suo figlioletto, ed è impazzita dal dolore: *imputet sibi*, giacchè imbarcandosi sapeva bene che vi potrebbero essere delle manovre criticabili da parte del capitano e delle imprudenze dei marinai. — *Res perit domino*: il naufrago scampato dopo lunghi stenti, nudo, semivivo, atterrito, non ha diritto di chiedere indennizzo perchè egli ha accettato questi rischi, ed èra libero di garantirli con una assicurazione.

Nulla abbiamo inventato, nulla abbiamo aggiunto con ciò alla affermazione del De Courcy: non abbiamo fatto altro che applicarla a casi che si danno — si può dire — ogni giorno. E ne sono risultate proposizioni così ciniche e rivoltanti, che l'illustre scrittore sarebbe il primo a ripudiare.

---

(1) De Courcy, *Quest.*, 3ª serie, pag. 275.

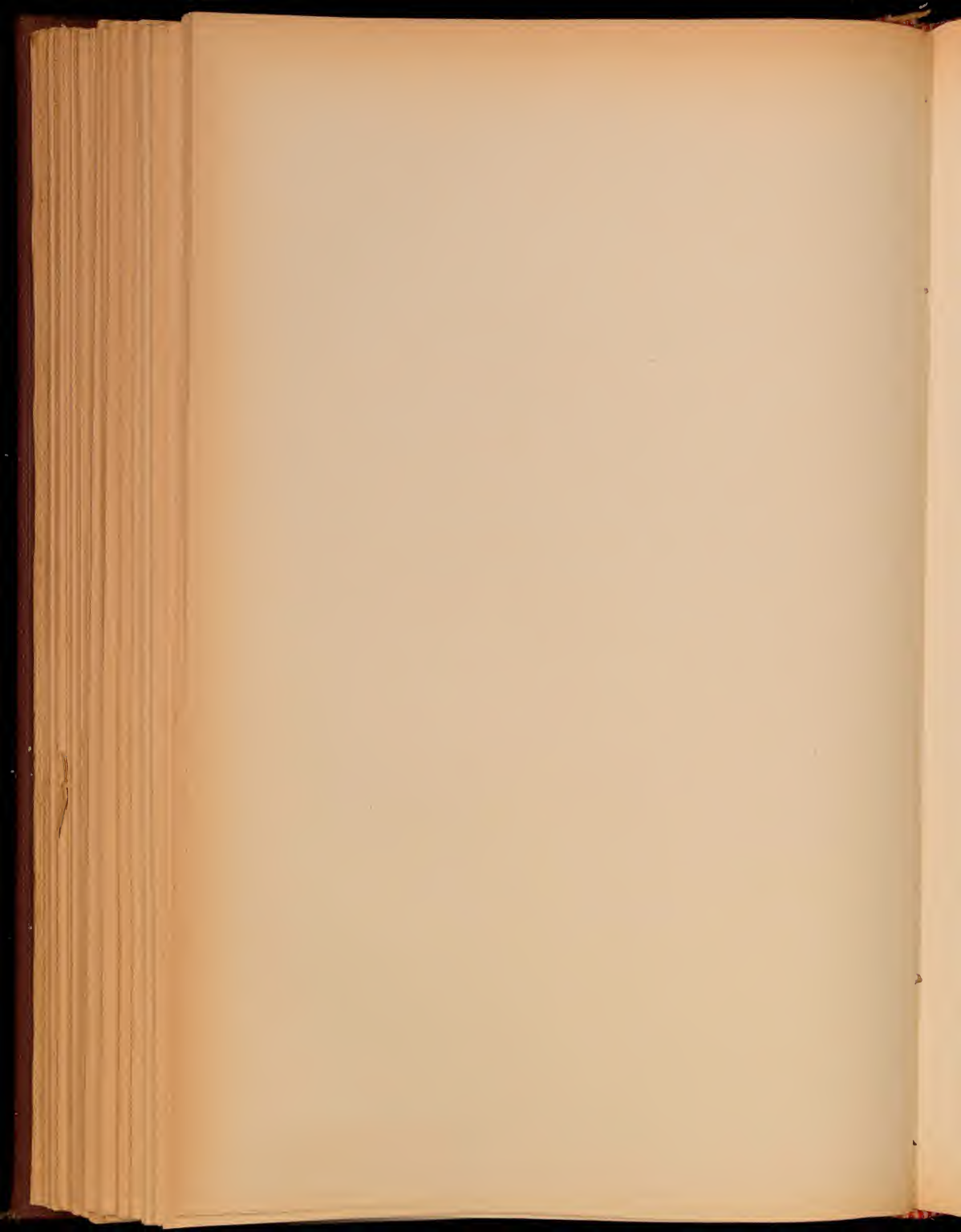
È l'umanità dunque — d'accordo in ciò colla logica e col diritto — che reclama la responsabilità illimitata degli armatori. Che vale il dire che essi sono innocenti degli errori e delle colpe che può commettere un capitano in alto mare? Ad essi vanno i lauti guadagni che la nave produce; è un principio elementare di economia e di equità, che a loro carico debbano andare anche i danni di cui è causa la nave. *Aequum enim est, ut cuius participavit lucrum participet et damnum* (1).

57. — Visto in tal modo come le ragioni *eccezionali* che giustificherebbero l'*eccezionale* posizione dell'armatore non sussistono, anzi che delle ben gravi ve ne sono contro di essa, è inutile aggiungere altro per dimostrare la necessità di rientrare nel diritto comune, tornando ai saggi principii del Diritto Romano. È tempo che il diritto marittimo, se vuol vivere una vita vegeta e rigogliosa ed occupare il posto che gli spetta nel campo delle discipline giuridiche, cessi dal cristallizzarsi in certe vuote formule, sorte dall'equivoco, mantenute ed esagerate dalla coalizione degli interessi di pochi. Una riforma del Codice di commercio non è lontana, e si fa vivamente sentire, giacchè invecchia più una legge commerciale in dieci anni che non in trenta una legge civile; venga questa riforma, e sia ampia, bene elaborata e presto attuata, e ci dia un diritto commerciale nè francese, nè tedesco, ma schiettamente *italiano*. E cessi per essa lo sconcio di vedere i rapporti del commercio marittimo regolati ancora da quella ordinanza di Colbert, che se fu opera mirabile pel tempo in cui venne compilata, oggi, dopo che su di essa sono passati 216 anni — e quali anni! — non rappresenta nulla più che uno strano anacronismo.

---

(1) L. 55 *pro socio*, Dig. XVII, 2.

ALCUNE NOTE SULL'ABBANDONO
NELLE ASSICURAZIONI MARITTIME *

* *Diritto commerciale*, 1897.

Sommario: — 1. L'azione di abbandono e l'azione di avaria. Fondamento razionale dell'abbandono. — 2. Origine storica di questo istituto. — 3. Scelta dell'assicurato tra l'azione di abbandono e l'azione di avaria. — 4. Revoca della scelta. — 5. Cumulo delle due azioni. — 6. Rinuncia al diritto di abbandono. — 7. Effetto retroattivo dell'abbandono. A qual momento si deve far retroagire? — 8. Varî sistemi proposti. Soluzione della questione.

1. — L'azione normale derivante dal contratto di assicurazione marittima a favore dell'assicurato, in caso di avveramento di uno dei sinistri assicurati, è l'azione di avaria, mediante la quale egli ottiene il risarcimento del danno sofferto.

Ma il rifacimento del danno presuppone: 1° che esso sia incontrovertibilmente accertato; 2° che ne sia fatta una esatta valutazione. Ora se la prova del sinistro e del danno e la valutazione di questo sono facili ed agevoli nelle assicurazioni terrestri, in cui tutto avviene — si può dire — sotto gli occhi dell'assicuratore e dell'assicurato, non altrettanto si può affermare nelle assicurazioni marittime in cui la specialità delle condizioni di fatto ha dato luogo ad un istituto speciale, che è quello dell'*abbandono*.

Nel contratto di assicurazione marittima la molteplicità dei rischi che l'assicuratore si assume, le enormi distanze che rendono talvolta impossibile la constatazione della entità dei danni e la sorveglianza del salvataggio, le fortunose vicende della navigazione, per cui può avvenire che si perdano navi e carico senza che sia possibile dar la prova dell'avvenuto sinistro, fecero ben presto sentire la necessità di un rimedio che

rendesse facile, pronto e sicuro l'accertamento del danno e il pagamento dell'indennità. A ciò si aggiunga che le conseguenze di un sinistro marittimo hanno per l'assicurato una portata speciale e più grave che non un sinistro terrestre; alcune volte il sinistro non può essere compensato a misura del danno sofferto, e l'assicurato deve essere risarcito del valore delle cose assicurate come se fosse avvenuta una perdita totale (1). Vi sono dei casi infatti in cui la cosa assicurata, materialmente intatta, è oggetto di disposizioni eccezionali che annullano, economicamente parlando, la speculazione pei rischi della quale era stata assicurata. In questi casi, la speculazione commerciale è fallita; la perdita totale esiste, se non materialmente, almeno per gli effetti economici che ne risente l'assicurato.

Tutte queste particolari ragioni e condizioni fanno sì che non possa applicarsi in tutto il suo rigore alle assicurazioni marittime il principio vigente nelle assicurazioni terrestri, per cui un danno deve essere risarcito dall'assicuratore solo quando esso è realmente avvenuto come conseguenza dell'avverarsi del rischio assunto, e la causa e l'estensione del danno devono essere provati dall'assicurato. L'iniquità che assumerebbe questo principio, ove fosse applicato alle assicurazioni marittime, risulta evidente quando si pensi che nel caso di una inesatta valutazione della prova, se, ad esempio, la cosa reputata perduta venga inaspettatamente recuperata, si dovrebbe obbligare l'assicurato alla restituzione della indennità, contraddicendo apertamente alla presunzione assoluta di verità che contiene la *res iudicata*. Senza contare le difficoltà di una sicura prova del danno, e quindi l'ingiustizia del vantaggio che ne ricaverebbe l'assicuratore col poter differire il pagamento della indennità fino all'esaurimento di questa prova (2).

Per ovviare a tali inconvenienti si possono escogitare due

---

(1) MARSHALL, *On Insurrance*, III Ediz., London, 1823, II, pag, 599; LEWIS, *Das deutsche Seerecht*, Leipzig, 1884, II, pag. 445.

(2) BEWER, *Das Herrschaftsgebiet des Abandon* nella *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht* del GOLDSCHMIDT, vol. XXXVIII (1891), pag. 372.

sistemi. Il primo che il Bewer chiama *sistema della presunzione* (*Präsumtionssystem*) consiste nel presumere il danno con una presunzione *iuris tantum*: in questo sistema la perdita probabile è data come avvenuta e l'assicurato può chiedere l'indennità. Ma, ove venga dimostrata in tutto o in parte l'inesistenza del danno, egli deve restituire l'indennità ricevuta. Qui i rapporti giuridici dei contraenti fra di loro e rispetto alla cosa assicurata rimangono inalterati: in particolare l'assicurato resta proprietario delle cose assicurate. Ma non lievi inconvenienti viziano questo sistema: anzitutto il carattere provvisorio di tutti i rapporti giuridici a cui esso dà luogo: secondariamente la difficoltà di valutare il danno e l'indennità in caso di posteriore ricupero (1).

Il secondo sistema è quello accolto da quasi tutte le legislazioni (2) e detto sistema dell'abbandono (*Abandonsystem*). In questo l'assicurato, concorrendo determinate condizioni, può lasciare all'assicuratore la cosa assicurata, per ricevere da lui tutta l'indennità: in altri termini, l'assicurato, dichiarando la cosa come perduta per lui, e spogliandosene volontariamente, provvede come se fosse avvenuto un danno totale (3). Si ottiene in tal modo a un tempo pronta liquidazione della indennità e definitiva sistemazione dei rapporti giuridici intercedenti tra assicurato, assicuratore, e cosa assicurata.

2. — Secondo tutte le probabilità l'abbandono ha avuto la sua origine in Italia. È noto che la prima forma che assun-

(1) Si ha un esempio di questo sistema nel contratto di assicurazione stipulato a Firenze il 10 luglio 1397 fra Francesco di Marco e Domenico di Cambio, riferito da BENSA, *Il contratto di assicurazione nel medio-evo*, Genova, 1884, pag. 217, e nella formula di polizza contenuta nello Statuto fiorentino del 1523 (V. PARDESSUS, *Collection de lois maritimes*, IV, pag. 604).

(2) Fa eccezione il Codice di commercio russo, il quale sancisce uno strano sistema, per cui è lasciato a scelta dell'assicuratore o di pagare l'ammontare dell'assicurazione, prendendo per suo conto gli oggetti salvati, o di lasciare all'assicurato gli oggetti salvati, rimborsandogli solo le perdite causate dal sinistro (art. 569).

(3) BEWER, *Das Herrschaftsgebiet des Abandon*, pag. 374.

sero in Genova i contratti di assicurazione — a cagione degli scrupoli giuridici circa le scommesse, e dei divieti canonistici riguardo alla stipulazione degli interessi — fu quella di un finto mutuo o di una finta compra-vendita (1): l'assicuratore comprava sotto condizione le cose assicurate, in modo che, se si fossero perdute, doveva sborsarne il prezzo e le cose spettavano a lui; egli quindi restava obbligato al pagamento della somma assicurata (prezzo della cosa) e doveva contentarsi della cessione di questa da parte dell'assicurato (2). È questa probabilmente l'origine dell'abbandono. Nello Statuto di Genova infatti del 1588 di fronte al diritto dell'assicurato di abbandonare la cosa in caso di sinistro — *in quocumque casu sinistro* — è affermato il diritto dell'assicuratore, quando il danno superi il 50 $^0/_0$, di esigere l'abbandono contro il pagamento della intera indennità (*et ubi damnum foret exclaratum ascendere ad quinquaginta pro centenario liceat assecuratoribus integram summam assecuratam solvere et habere pro se res assecuratas*) (3).

3. — L'abbandono dunque è un beneficio eccezionale concesso all'assicurato, del quale egli può, o non, avvalersi, secondo che crede più conveniente ai suoi interessi. Ciò è dimostrato tanto dalla natura dell'istituto, quanto dalla lettera della legge, la quale all'art. 632 stabilisce che « l'abbandono delle cose assicurate *può* esser fatto ecc. » e all'art. 625, dopo aver detto che la clausola *franco d'avaria* libera l'assicuratore da ogni avaria comune e particolare, eccettuati i casi di abbandono, aggiunge: « *In questi casi l'assicurato ha la scelta tra l'abbandono e l'esercizio dell'azione di avaria* » (4). L'assicu-

---

(1) V. in Bensa, *Il contratto di assicurazione nel medio-evo*, Genova, 1884, i contratti del 23 ottobre 1347 (pag. 192), del 18 gennaio 1348, del 7 agosto 1349, del 9 marzo 1350 (pag. 194-196), del 12 luglio 1370 (pag. 200), del 15 settembre 1393 (pag. 215), del 27 agosto 1425 (pag. 223), del 10 dicembre 1427 (pag. 231).

(2) Bewer, *Das Herrschaftsgebiet des Abandon*, pag. 385 e 386, testo e nota 18.

(3) Pardessus, *Collection de lois maritimes*, IV, pag. 533.

(4) Desjardins, *Traité de droit commercial maritime*, vol. VII, Paris, 1888,

ratore quindi è obbligato ad accettare le condizioni che all'assicurato piace di fargli: e, dato il caso che l'abbandono per lui costituisca un vantaggio, egli non ha alcun mezzo per costringere l'assicurato a scegliere questa via (1).

Conseguenza di questo principio è che se l'assicurato, per una qualsiasi ragione, non può esercitare l'azione di abbandono, potrà sempre ricorrere a quella di avaria: così respinta la prima per mancanza di qualche elemento essenziale, per esempio, decorrenza dei termini, o insufficienza del danno, resterà esercibile la seconda, purchè concorrano le necessarie condizioni. Il principio: *electa una via non datur recursus ad alteram* (2) è una regola che si applica alle azioni concorrenti e congeneri per domandare la stessa cosa; ma quando le azioni sono diverse ed hanno diverso oggetto, sebbene nascenti dallo stesso contratto, l'esperimento ed il rigetto di una di esse non possono pregiudicare l'esercizio successivo dell'altra (3).

4. — Una questione importante può sorgere a questo proposito.

Si domanda: l'assicurato può revocare la sua scelta e, dopo aver notificato l'abbandono, ritornare all'azione di avaria? Senza dubbio, finchè l'abbandono non è divenuto definitivo mediante accettazione dell'assicuratore o dichiarazione del giudice: abbandonando la cosa assicurata, l'assicurato non rinuncia a quello che è il suo diritto fondamentale: ottenere l'in-

---

pag. 167; BÉDARRIDE *Du commerce maritime*, vol. IV, Paris-Aix, 1883, pag. 269; VIVANTE, *Le assicurazioni marittime*, Milano, 1890, pag. 375 e 466.

(1) BÉDARRIDE, *Commerce maritime*, vol. IV, pag. 269 e 270.

(2) L. 1, § 43, *de reg. iuris*, Dig. L, 17.

(3) App. Genova, 20 marzo 1883, *Eco di giur. comm.*, 1883, pag. 183; App. Genova, 16 giugno 1893, *Temi genovese*, 1893, pag. 440; DALLOZ, *Répertoire*, voce *droit maritime*, n. 2205 e seg.; CAUVET, *Traité des assurances maritimes*, Paris, 1879-87, n. 488; CRESP-LAURIN, *Cours de droit maritime*, vol. IV, Paris-Aix, 1882, pag. 226; BÉDARRIDE, *Commerce maritime*, vol. V, n. 1630; VIVANTE, *Assicurazioni marittime*, pag. 376 e 377.

dennità del sinistro: egli non fa che esercitarlo in un modo speciale (1).

Da questi principî si suol dedurre che, esperita in prima istanza l'azione di abbandono, può a questa sostituirsi in grado d'appello l'azione di avaria. A noi pare che questa conseguenza esorbiti dalle premesse. Il Codice di proc. civ. (art. 490) stabilisce che in seconda istanza non possono proporsi domande nuove. Ora noi crediamo non possa dubitarsi che l'azione di avaria costituisca in tal caso appunto una domanda nuova. L'azione di abbandono infatti e quella di avaria — come avemmo occasione di notare più sopra — differiscono, sia per il *fatto giuridico* da cui nascono, sia per l'oggetto loro. Il fatto giuridico che dà luogo all'azione di abbandono è la perdita o quasi perdita della cosa, mentre quello che dà luogo all'azione di avaria è un semplice danno parziale. L'oggetto dell'azione di abbandono è il trasferimento nell'assicuratore di tutti i diritti sulla cosa assicurata, contro il pagamento totale dell'indennità, mentre l'oggetto dell'azione di avaria è il risarcimento di un danno sofferto da cosa che rimane proprietà dell'assicurato. Il Vivante che professa opinione contraria non può a meno di ammettere che in grado di appello non è lecito mutare l'azione di avaria nell'azione di abbandono, perchè in appello non è permesso estendere le proprie domande. Ma ognun sa come non sia esatto il dire in modo assoluto che l'azione di abbandono è più estesa dell'azione di avaria. Vi sono casi infatti in cui avviene precisamente il contrario. Facciasi per esempio il caso seguente: Su 100 fusti di vino assicurati per 10.000 lire, ma che all'arrivo ne varranno 20.000, 75 sono periti. Essendo la perdita dei $^3/_4$, se l'as-

(1) In questo senso la prevalente giurisprudenza francese: Cass. 22 giugno 1847, DALLOZ, *Jurisprudence*, 1847, I, 218; Corte di Rouen, 18 giugno 1879, *Rec. du Hâvre*, 1879, II, 194; Corte di Bordeaux, 10 febbraio 1894, *Revue internationale de droit maritime*, X, p. 182; V. DAGEVILLE, *Commentaire du Code de commerce*, Paris, 1827, vol. IV, pag. 193; DESJARDINS, *Traité de droit maritime*, VII, pag. 169 e 170; VIVANTE, *Assicurazioni marittime*, pag. 393. Contra: Corte di Rennes, 26 luglio 1819, *Journal du Palais*, XV, pag. 435.

sicurato agisce coll'azione di avaria, otterrà per avarie 7.500 lire, alle quali aggiungendo il prezzo di vendita dei 25 fusti che restano in 5.000 lire, si ha la somma di 12.500 lire, superiore alle 10.000 che avrebbe ottenuto coll'azione di abbandono (1). Il fatto è quindi che l'azione di avaria e l'azione di abbandono sono ambedue principali, tanto che l'assicurato può in modo principale esercitare così la prima come la seconda; ma sempre alternativamente: ciò perchè sono azioni essenzialmente diverse, delle quali, se se ne propone una, l'altra costituisce rispetto ad essa una domanda nuova (2).

5. — Le due azioni di avaria e di abbandono sono alternative: non possono cioè essere cumulate; sarebbe infatti ingiusto che l'assicuratore, dopo aver pagato tutta la somma assicurata, restasse ancora debitore dell'assicurato. Quindi se una nave è assicurata per tutto un viaggio e si perde, dopo che, nel corso anteriore del viaggio, ha sofferto avarie, per riparare le quali sono occorse spese, l'assicurato potrà bensì abbandonare la nave e pretendere la totalità della somma assicurata, ma non già, oltre a questa, le spese fatte per riparare i sinistri antecedenti alla perdita (3). È questo il caso normale, in cui l'assicurazione è *limitata*. Se però le parti hanno stipulato che debbano essere risarciti tutti i danni e

(1) Cfr. DESJARDINS, *Traité de droit maritime*, VII, pag. 168; PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, Paris, 1827, vol. III, pag. 403.

(2) Conformi al testo: App. Genova, 3 agosto 1883, *Annuario critico di giur. comm.*, 1884, n. 23; App. Napoli, 10 aprile 1889, *Temi genovese*, 1889, pag. 636; Corte di App. di Alessandria d'Egitto, 8 giugno 1882, *Revue intern. de droit marit.*, I, p. 56; DESJARDINS, *Traité de droit marit.*, VII, pag. 170 e 171, è di una opinione intermedia. — Contra: App. Genova, 27 ottobre 1877, *Eco di giur. comm.*, 1877, 768; Cass. Torino, 20 febbraio 1885, *Monit. trib. Mil.*, 1885, 223; Cass. francese, 22 giugno 1847, DALLOZ, *Jur.*, 1847, I, 218; BÉDARRIDE, *Comm. marit.*, V, n. 1627; VIVANTE, *Assicur. marit.*, pag. 377-378.

(3) Cass. francese, 8 gennaio 1823, DALLOZ, *Répert*, voce *droit maritime*, n. 2332; Cass. francese, 22 giugno 1869, DALLOZ, *Jurispr.*, 1870, I, 84; LABRAQUE-BORDENAVE, *Traité des assurances maritimes*, Paris-Bordeaux, 1876, n. 353; DESJARDINS, *Traité de droit marit.*, VII, pag. 168 e 169; VIVANTE, *Assicurazioni marittime*, pag. 375.

le perdite sofferte dalla cosa assicurata, per quanto si accumulino i sinistri, nel caso in cui, dopo che questi sono avvenuti, ed hanno causato spese per ripararli, la cosa venga a perire, l'assicuratore deve non solo risarcire tutte le spese, ma pagare anche l'intero valore della cosa perduta. È questo il caso dell'assicurazione *illimitata* o *indefinita*. Un tal patto è perfettamente lecito e conforme alla natura del contratto di assicurazione, giacchè l'assicurato non profitta affatto di queste spese, che egli ha dovuto effettivamente sopportare (1).

6. — L'abbandono essendo una facoltà graziosa ed eccezionale che la legge concede all'assicurato, questi può sempre rinunciarvi.

La rinuncia può essere espressa o tacita. Nel primo caso essa deve risultare chiaramente dalla polizza. La validità di un patto simile è incontestabile, giacchè esso non lede in alcun modo l'ordine pubblico o il buon costume (2).

La rinuncia tacita deve risultare da circostanze che siano incompatibili colla volontà di conservare il diritto di abbandono. Così nel caso in cui l'assicurato faccia atto di proprietario, disponendo delle cose colpite dal sinistro (3); così nel caso in cui faccia proseguire il viaggio alla nave, esponendola a nuovi rischi, e ponendosi nell'impossibilità di abbandonarla nello stato in cui uscì dal sinistro (4); così infine se faccia

---

(1) Rouben de Couder, *Dictionnaire du droit commercial*, voce *assurances maritimes*, n. 586; Pardessus, *Cours de droit commercial*, III, pag. 411 e segg.; Desjardins, op. cit., VII, pag. 169.

(2) Borsari, *Codice di commercio annotato*, Torino, 1869, vol. II, pag. 502; Bédarride, *Commerce maritime*, IV, pag. 270; Appello Genova, 16 giugno 1893, *Temi genovese*, 1893, 440.

(3) Corte di Nantes, 5 dicembre 1866, *Recueil de Nantes*, 1867, II, 148; Trib. di comm. di Bordeaux, 19 febbraio 1887, *Revue internationale de droit maritime*, III, p. 436; Desjardins, *Traité de droit maritime*, VII, pagine 332-333; Vivante, *Assicurazioni marittime*, pag. 394; Cauvet, *Traité des assurances maritimes*, n. 382.

(4) App. Genova, 3 agosto 1883, *Eco di giur. comm.*, 1884, 4; Vivante, op. cit., pag. 395.

eseguire riparazioni eccedenti la misura di semplici atti di conservazione (1).

7. — Sappiamo che l'abbandono è perfetto quando è accettato dall'assicuratore o convalidato dal giudice. Esso però ha effetto retroattivo (art. 640). Ma fino a qual momento esso deve retroagire?

È facile scorgere l'importanza della questione. Dal momento in cui l'abbandono produce i suoi effetti, l'assicuratore divenendo proprietario della cosa, a lui spettano tutti i frutti naturali e civili di essa, a suo carico vanno tutte le spese che essa cagiona, per suo conto si reputano fatti tutti gli atti delle persone che custodiscono o amministrano la cosa (capitano, equipaggio ecc.). Specialmente importante è la soluzione della questione rispetto ai fatti del capitano della nave abbandonata, di cui l'assicuratore diviene responsabile dal momento in cui l'abbandono produce i suoi effetti, anche quando egli non deve rispondere della baratteria del capitano e dell'equipaggio. Importante è pure rispetto ai premi pei salvataggi operati dopo che l'abbandono ha prodotto i suoi effetti (2).

8. — Si sono proposti al riguardo tre sistemi.

Secondo il primo sistema gli effetti dell'abbandono si devono far rimontare al giorno in cui incominciarono i rischi (3). Questa opinione si appoggia su ciò che, avvenuto l'abbandono, la navigazione si presume fatta fin dal principio per conto dell'assicuratore. Nell'abbandono del nolo infatti deve essere compreso non solo il nolo percepito dopo l'abbandono, o dopo il sinistro, ma anche quello esatto dal momento in cui

---

(1) Corte di Bordeaux, 30 giugno 1862, *Rec. de Marseille*, 1862, II, 108; App. Genova, 15 settembre 1891, *Temi genovese*, 1892, 8; App. Genova, 21 luglio 1892, *Temi gen.*, 1892, 560; Cass. di Torino, 30 aprile 1892, *Giurispr. torinese*, 1892, 666.

(2) Vedi LYON CAEN nelle *Revue critique de législation et jurisprudence*, anno 1891, pag. 407.

(3) ÉMÉRIGON, *Traité des assurances et des contrats à la grosse*, cap. XVII, sez. IX; PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, III, n. 854; DESJARDINS, *Traité de droit marit.*, VII, n. 1592, pag. 335.

sono incominciati i rischi. Ora — dice il Desjardins, — giacchè il legislatore attribuisce all'assicuratore i prodotti utili della cosa da che è cominciato il rischio, l'assicuratore, da questo momento in poi, per l'effetto retroattivo dell'abbandono, deve essere messo in luogo e vece dell'assicurato (1). Ma tal ragionamento si fonda tutto sopra una falsa premessa. Non è affatto vero che i noli guadagnati prima del sinistro debbano essere compresi nell'abbandono del nolo, giacchè l'abbandono comprende solo le cose che formano oggetto dell'assicurazione e del rischio (art. 639, n. 2), e non si può dire che il nolo già guadagnato formi oggetto del rischio, mentre, essendo già acquisito all'assicurato, questi non corre per esso più alcun pericolo (2). Non solo. Ma con questo sistema gli effetti dell'abbandono si fanno risalire ad un'epoca, in cui la causa, che ha dato luogo all'abbandono, non esisteva ancora. La causa dell'abbandono, il presupposto necessario di esso, è il sinistro in seguito al quale esso è stato fatto, non già il contratto di assicurazione, dal quale sono derivati i rischi per l'assicuratore (3).

Il secondo sistema fa retroagire gli effetti dell'abbandono al momento dell'abbandono (4). Questa opinione si appoggia alla lettera della legge, la quale all'art. 640 stabilisce: « Notificato ed accettato, o dichiarato valido l'abbandono, le cose assicurate appartengono all'assicuratore dal giorno in cui fu fatto ». Il Laurin sostiene che questa soluzione è conforme al principio per il quale le sentenze, essendo dichiarative e non attributive di diritti, devono retroagire pei loro effetti

---

(1) Desjardins, op. cit., pag. 336, n. 1592.

(2) Cfr. Vivante, op. cit., pag. 450, n. 383.

(3) Non teniamo conto dell'argomento che si può desumere a favore di questa teoria dall'art. 386 del Codice francese, così concepito: « Le fret des marchandises sauvées, *quand même il aurait été payé d'avance*, fait partie du délaissement du navire, et appartient également à l'assureur etc ». Questo articolo (corrispondente all'art. 497 del Codice del 1865) non figura nel Codice vigente, e in Francia lo ha abrogato la legge 12 agosto 1885.

(4) Cresp-Laurin, *Cours de droit maritime*, Paris-Aix, 1882, vol. IV, pag. 182; Valroger, *Droit maritime*, IV, n. 1890; Vivante, op. cit., n. 322.

fino al giorno della domanda (1). Ma è agevole rispondere che in tal caso non uno, ma due sarebbero i punti di partenza a cominciar dai quali l'abbandono produrrebbe i suoi effetti: nel caso di accettazione spontanea, il momento della dichiarazione di abbandono: nel caso di convalidazione giudiziale, il giorno della domanda. Con che si violerebbe non solo quella lettera della legge, la quale principalmente si invoca, e che parla solo del giorno in cui l'abbandono *fu fatto*, ma si porrebbe in balìa dell'assicuratore il farne rimontare gli effetti all'una piuttosto che all'altra data.

Noi accogliamo dunque la terza opinione, secondo la quale gli effetti dell'abbandono si devono far risalire al giorno del sinistro (2). Essa ha per sè la giurisprudenza costante delle Corti francesi (3), le quali vi hanno persistito anche dopo la legge 12 agosto 1885 che, abrogando l'art. 386 del *Code de commerce*, ha, nella materia, reso la legislazione francese identica alla nostra (4). L'art. 640 infatti si riferisce solo al momento in cui il vincolo giuridico tra assicurato e cosa abbandonata si forma, non già al momento a cui si devono far risalire gli effetti di tal vincolo. Per stabilire questo ultimo momento bisogna far ricorso ai principii generali del contratto di assicurazione, secondo i quali il giorno del sinistro è quello in cui nascono il diritto dell'assicurato e l'obbligo dell'assicuratore. Nè si opponga che la legge non può considerare come privato della sua proprietà l'assicurato nel tempo in cui aveva ancora la scelta fra l'azione di avaria e quella di abbandono. Avvenuto il sinistro maggiore che dà luogo all'abbandono, l'assicurato acquista il diritto di ottenere dall'assicuratore il valore totale della cosa colpita dal sinistro, e per corrispettivo l'assicuratore acquista il diritto ad ottenere la cosa stessa

---

(1) CRESP-LAURIN, op. e loc. cit.

(2) CAUVET, *Assurances maritimes*, II, n. 379; BÉDARRIDE, *Commerce maritime*, IV, n. 1562, pag. 472.

(3) V. le sentenze citate da DESJARDINS, op. cit., pag. 336.

(4) Cfr. ad esempio Corte di Parigi, 18 dicembre 1889, *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1891, pag. 407.

nel caso che l'assicurato reclami tutta la indennità. Questo diritto quindi dell'assicuratore è — come si vede — condizionale: se l'assicurato reclama l'indennità totale, la condizione è adempiuta e produce i suoi effetti fin dal giorno in cui cominciò ad esistere, cioè fin dal giorno del sinistro: se egli preferisce l'azione di avaria, la condizione non può avverarsi, e il diritto dell'assicurato si ha come mai esistito (1). Ciò posto, è naturale che nel tempo che corre tra il sinistro e la dichiarazione di abbandono, l'assicurato sia sempre proprietario della cosa e possa disporne a suo talento, giacchè è noto che pendente la condizione sospensiva il diritto che ad essa è subordinato, si ha come non esistente. D'altra parte il vincolo giuridico tra assicuratore e cosa abbandonata non si forma che adempiuta la condizione, cioè al momento dell'abbandono. Ed è questo appunto che stabilisce il n. 1 dell'art. 640.

---

(1) LYON CAEN nella *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1891, pag. 407.

IL NOLO ED IL PROFITTO SPERATO NELL'ABBANDONO AGLI ASSICURATORI *

---

* *Giurisprudenza Italiana,* 1897.

I.

1. — L'abbandono — come istituto proprio del contratto di assicurazione marittima — non è che un modo di liquidare il danno che all'assicurato proviene dal verificarsi del rischio assicurato (1).

In alcuni casi, benchè la perdita totale della cosa assicurata non sia avvenuta, gli effetti economici che ne risente l'assicurato sono gli stessi come se questa si fosse effettivamente verificata. In alcuni altri, benchè la perdita totale non possa provarsi, vi sono circostanze che la rendono verosimile e probabile. In tutti questi casi il diritto nell'assicurato a liquidare tutta l'indennità è evidente. Ma, ove la legge accordasse senz'altro questo diritto, potrebbe verificarsi, e si verificherebbe spesso, che l'assicurato ricavasse un vantaggio dall'assicurazione. Egli infatti, dopo aver ricevuto l'indennità, rimarrebbe ancora proprietario dei resti della cosa, o della cosa stessa, quando in seguito ricomparisse o fosse ricuperata. Giusto è dunque che il diritto di chiedere l'indennità totale sia subordinato alla rinuncia da parte dell'assicurato a tutta

(1) Si deve dunque distinguere l'*istituto dell'abbandono* dalla *dichiarazione di abbandono* e dalla *azione di abbandono*. La *dichiarazione di abbandono* è l'atto col quale l'assicurato rinuncia alla proprietà di ciò che può restare della cosa assicurata, a fine di ottenere tutta l'indennità. L'*azione di abbandono* è la sanzione del diritto che la legge accorda all'assicurato. Quando l'assicuratore non accetti l'abbandono e non voglia riconoscerne gli effetti, l'assicurato ha diritto di rivolgersi al giudice e mediante l'azione di abbandono, ottenerne la convalidazione e quindi la condanna dell'assicuratore.

la cosa colpita dal sinistro. È questa la forza che dirò *negativa* dell'abbandono, mediante la quale la cosa assicurata esce del tutto giuridicamente dal patrimonio dell'assicurato. Mediante poi la forza *positiva* di traslazione dell'abbandono, l'assicuratore acquista la cosa assicurata come propria, e coll'alienarla può rivalersi di quella parte dell'indennità che ha indebitamente pagato e che rappresenta quella parte della cosa che non è effettivamente perduta (1).

II.

2. — Posto così il concetto dell'abbandono, potrà darsi un abbandono del nolo? E se può darsi, qual nolo si deve abbandonare? L'abbandono della nave comprende l'abbandono del nolo? Ecco varie ed interessanti questioni che si presentano applicando al nolo l'istituto dell'abbandono. Sotto l'impero del codice del 1865 solo l'ultima questione poteva essere disputabile, dacchè in esso non si parlava affatto di assicurazione del nolo, la quale era vietata come illecita, e non poteva in conseguenza neppur parlarsi di abbandono del *nolo, come nolo*. Invece il codice del 1882, accogliendo i voti del commercio marittimo, permise al n. 3 dell'art. 606 l'assicurazione *del nolo dei passeggieri e delle cose caricate*, dando luogo a dubbi assai gravi riguardo al caso in cui il nolo venga assicurato, sia separatamente sia congiuntamente alla nave.

---

(1) Cfr. Bewer, *Das Herrschafstgebiet des Abandon* nella *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht* del Goldschmidt, vol. XXXVIII (1891), pag. 374. — Lewis, *Das Deutsche Seerecht*, Leipzig 1884, vol. II, pag. 438. Si suol dire che nell'istituto dell'abbandono si ha la finzione giuridica di una perdita totale non *reale*, ma *indultiva* (*eine konstruktiver Totalverlust*). Ciò non è completamente esatto. La perdita totale sofferta dall'assicurato mediante l'abbandono è *effettiva* e *reale*, perchè la cosa assicurata è uscita giuridicamente dal suo patrimonio. Non è quindi una *finta perdita* e neppure una perdita *verosimile*; benchè in molti casi di abbandono la perdita totale sia verosimile, mediante l'abbandono essa diventa *reale*. Più esatto è dire che l'abbandono presuppone un danno non ancora determinato nelle sue conseguenze (Bewer, op. cit., pag. 375; Lewis, op. cit., pag. 445).

Per potere rettamente risolvere le diverse questioni, diamo anzitutto, nel modo il più possibile esatto, la nozione economica e giuridica del *nolo*, per ciò che ha tratto all'assicurazione marittima. *Nolo* è di regola il credito del noleggiante per il trasporto delle merci o dei passeggieri. Il credito può essere *attuale*, se dipende da un contratto di noleggio già conchiuso, o *futuro*, se dipende dai contratti di noleggio che verranno conclusi durante il viaggio assicurato. Si distingue il nolo *netto* dal nolo *lordo*. Nolo netto è quella parte del nolo che resta, dedotte le spese necessarie per il viaggio nel quale esso fu guadagnato e che nel viaggio stesso si consumano (salari dei marinai, viveri, carbone, olio, ecc.) (1).

3. — Allo stato attuale della legislazione, quattro casi si possono dare riguardo all'assicurazione del nolo.

a) È ASSICURATA LA SOLA NAVE. — In questo caso, si domanda: abbandonando la nave, si abbandona anche il nolo? O, in altri termini, il nolo fa parte dell'abbandono della nave?

Per rispondere a questa domanda, è necessario distinguere. Non v'ha dubbio che, *come assicuratore*, colui al quale l'abbandono vien fatto, non ha in questo caso alcun diritto al nolo. Se il nolo non fa parte dell'assicurazione della nave, non potrà neppure far parte dell'abbandono, perchè l'abbandono comprende solo le cose che formano oggetto dell'assicurazione e del rischio (art. 639). Ora, nelle legislazioni che proibiscono il nolo, questo è per ciò solo escluso dall'abbandono: nelle legislazioni che lo permettono, il solo fatto che l'assicurazione del nolo non è stata stipulata dimostra l'intenzione di volerlo escludere dall'assicurazione della nave. In tal caso adunque chi pretende l'abbandono del nolo dovrà provare che esso fu compreso nell'assicurazione della nave. Se questa prova non può essere fornita, il nolo resterà al proprietario della nave.

---

(1) REATZ, *Seeversicherungsrecht* in ENDEMANN'S *Handbuch des deutschen Handels, See und Wechselrechts*, vol. IV, Leipzig 1884, § 63, n. 7.

Ma se è certo che l'assicuratore della nave non ha diritto, *come assicuratore*, all'abbandono del nolo, il dubbio sorge quando si tratta di vedere se egli possa aver diritto al nolo come *proprietario della nave dopo l'abbandono*. È noto che, mediante l'abbandono, passano nell'assicuratore tutti i diritti dell'assicurato sulla cosa abbandonata (art. 640). Si domanda ora se l'assicuratore, divenuto per tal modo proprietario, possa avere, in forza del suo diritto di proprietà, qualche diritto anche al nolo.

4. — L'ordinanza francese del 1681 era muta su codesto argomento. Onde la giurisprudenza, nel silenzio della legge, negava all'assicuratore abbandonatario ogni diritto al nolo (1). Ma la dottrina si sollevò contro codesta interpretazione, talchè fu necessaria una dichiarazione legislativa (17 agosto 1779), la quale all'art. 6 stabilì: « Le fret acquis pourra être assuré et ne pourra faire partie du délaissement du navire, s'il n'est expressément compris dans la police d'assurance, mais le fret à faire appartiendra aux assureurs, comme faisant partie du délaissement. s'il n'y a clause contraire dans la police d'assurance, sans préjudice, toutefois, des loyers des matelots et des contrats à la grosse aventure, à l'égard desquelles les dispositions de l'ordonnance du mois d'août 1681 seront exécutées selon leur forme et teneur ».

Con questa disposizione si lasciava all'assicurato il nolo non ancora guadagnato al momento dell'abbandono. Ma ciò non bastava agli assicuratori: onde nel codice del 1807 essi riuscirono a far inserire l'art. 386, riprodotto poi, quasi testualmente, dall'art. 497 del codice nostro del 1865: « Le fret des marchandises sauvées, quand même il aurait été payé d'avance, fait partie du délaissement du navire et appartient également à l'assureur, sans préjudice des droits des prêteurs à la grosse, de ceux des matelots pour leur loyer et des frais et dépenses pendant le voyage ».

---

(1) Sentenza del Parlamento di Rouen del 1º luglio 1751 citata da EMÉRIGON, *Traité des assurances et des contrats à la grosse*, II ediz. par BOULAY-PATY, Rennes 1827, vol. II, pag. 257.

Nel codice vigente l'art. 497 non figura (1): lo si soppresse in seguito all'abolizione del divieto di assicurare il nolo, e si credette così di aver troncato ogni controversia. Ma a torto. Che anzi, libera dalle norme rigorose della legge positiva, questa è stata ora ricondotta sul terreno dei puri principii di diritto, ed ha acquistato, mi pare, nuovo e più vivo interesse.

5. — Su quali argomenti si appoggiavano i giuristi francesi del secolo passato per sostenere il completo diritto al nolo da parte dell'assicuratore della nave? Principalmente su ciò che i noli rappresentano un accessorio della nave, i frutti della nave, e, come tali, spettano all'assicuratore diventato, dopo l'abbandono, proprietario della nave (2).

Questa teoria è ripudiata dall'Aschenheim. Certamente, egli dice, il nolo si può considerare come un profitto della nave, ma il concetto giuridico dei frutti civili è estraneo al diritto delle assicurazioni marittime. Se infatti i noli fossero realmente i frutti della nave, dovrebbero essere devoluti all'assicuratore anche come nolo lordo. Invece quei giuristi vedono bene che l'assicuratore non può equamente richiedere che l'abbandono del nolo netto (3).

Le obiezioni dell'Aschenheim non mi sembrano del tutto persuasive. Certo, non sempre è esatto dire che i noli rappresentano i frutti della nave. Ma, posto che come tali si vogliano considerare, non ne discende affatto, come crede l'Aschenheim, che essi dovrebbero essere attribuiti all'assicuratore proprietario come nolo lordo e non come nolo netto. Che anzi è principio di diritto consacrato dall'art. 445 cod. civ. che chi raccoglie i frutti della cosa, sia anche il proprietario, deve rimborsare i terzi delle spese da loro fatte: in altri termini, non raccoglie che i frutti *netti*.

(1) E non figura neppure più nel codice francese dopo la legge 12 agosto 1885 che permise l'assicurazione del nolo.

(2) Émérigon, *Traité des assurances et des contrats à la grosse*, vol. II, pag. 254.

(3) Aschenheim, *Der Abandon der Versicherten in der Seeversicherung*, Berlin 1893, pag. 39.

Quello però che è inesatto nella teoria dei giureconsulti francesi è il partire che essi fanno dal concetto di proprietà per definire il diritto dell'assicuratore abbandonatario al nolo. Questo rappresenta, è vero, i frutti civili della nave in alcuni casi, quando cioè il contratto di noleggio costituisce una vera *locatio rei*; ma non già in altri (e sono i più) in cui costituisce una *locatio rei et operarum*, o, meglio, una *locatio operarum* semplicemente, come nel caso di noleggio per trasporto di passeggieri o di singole merci. Se si partisse dunque dal puro concetto del nolo frutto della nave e spettante quindi al proprietario di questa si dovrebbe in tale ultima ipotesi negare all'assicuratore proprietario ogni diritto al nolo. Il fatto è che — come ebbi altra volta occasione di notare (1) — in questa materia tanto le responsabilità che i vantaggi non derivano già dalla *proprietà della nave*, ma dall'*esercizio dell'industria marittima*. Per conseguenza il nolo non spetta già al proprietario, ma a colui per conto del quale i contratti di noleggio furono conclusi, cioè all'armatore della nave, che esercita con essa il commercio di navigazione marittima. Sopra di lui pesano tutti i rischi della navigazione, a lui debbono andarne anche i vantaggi. Applicando dunque questi principii, sulla cui esattezza non mi pare si possa dubitare, si dovrà concludere che *all'assicuratore abbandonatario spettano tutti i noli guadagnati mediante la navigazione per il tempo in cui questa è fatta per conto suo* (2). È questo il principio che il codice ger-

---

(1) Nel mio lavoro: *Le limitazioni alla responsabilità degli armatori* (retro, pag. 193 in nota).

(2) Questa soluzione scaturisce direttamente dai principî, ma in ogni modo sarebbe stato meglio che il legislatore l'avesse esplicitamente sancita, dacchè, dopo aver permesso l'assicurazione del nolo, aveva soppresso l'art. 497 (386 del cod. francese) che regolava i diritti dell'assicuratore al nolo dopo l'abbandono. In questo senso si pronunciò anche la Camera di commercio di Marsiglia, nella sua relazione sul progetto di revisione del codice di commercio, francese, prima della legge 12 agosto 1885: « en rendant légales les assurances sur fret, il ne saurait suffire de supprimer l'art. 386 et il faudrait le remplacer par un article nouveau destiné à régler en ce cas les effets de cette assurance ». Cfr. DUHN, *Mitteilungen über eine im Werke befindliche Revision des französischen See-*

manico ha molto correttamente applicato all'art. 872 (1), stabilendo che « *se viene abbandonata la nave, compete all'assicuratore di essa il nolo netto del viaggio nel quale è avvenuto il sinistro, per quella parte che è stata guadagnata dopo la dichiarazione di abbandono.* Questa parte del nolo è calcolata secondo le norme vigenti per la determinazione del nolo differenziale ».

Adunque, quando sia stata assicurata la sola nave e questa venga abbandonata, all'assicuratore spetta quella parte di nolo che la nave ha guadagnato navigando dopo che l'abbandono ha prodotto i suoi effetti traslativi di proprietà (2). Nessuna distinzione quindi fra *nolo pendente* (*schwebende Fracht*) e nolo già esatto, ma solo fra *nolo guadagnato prima* e *nolo guadagnato dopo* che l'abbandono ha prodotto i suoi effetti (3).

---

rechts nebst einigen Bemerkungen über seerechtliche Gegenstände, nella *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, XIV, pag. 209.

(1) 922 del nuovo testo di codice di commercio germanico pubblicato il 10 maggio 1897.

(2) Si sa che l'abbandono dichiarato valido od accettato produce effetto retroattivo (art. 640). Sul momento a cui esso deve farsi retroagire v'è questione; ma credo più accettabile l'opinione che fissa questo momento a quello del sinistro. V. il mio scritto: *Alcune note sull'abbandono nelle assicurazioni marittime, retro*, pag. 291 e seguenti.

(3) In prima lettura, la commissione che preparò il *Codice generale di commercio germanico* aveva stabilito di escludere dall'abbandono della nave il nolo pendente per la considerazione che la nave e il nolo sono due cose affatto distinte, e che il contratto di assicurazione non ha nulla di comune col contratto di noleggio, il quale non riguarda affatto l'assicuratore (*Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*, pag. 3450). V. anche POHLS, *Darstellung des gemeinen deutschen und des Hamburgischen Handelsrecht*, vol. IV, Hamburg 1832, pag. 634 e seg. Il BRANDT, *Ueber Seeversicherung. Eine Ergänzung zum Seerecht nach dem Norwegischen*, Leipzig 1878, aggiunge che l'abbandono non è in sostanza che l'applicazione delle regole stabilite in caso di perdita totale: ora in caso di perdita totale l'assicuratore mai avrebbe avuto diritto ad una parte del nolo salvato; per conseguenza non deve averlo neppure in caso d'abbandono.

Tutto ciò è perfettamente vero per il nolo guadagnato prima dell'abbandono; non per quello guadagnato dopo, e dimostra bene che il nolo pendente non deve essere compreso nell'abbandono della nave. Vedi su questo punto ASCHENHEIM, *Der Abandon des Versicherten in der Seeversicherung*, pag. 34, n. 2.

6. — *b*) Sono assicurati la nave e il nolo congiuntamente. — Non v'ha dubbio in questo caso che anche il nolo deve essere abbandonato. Esso forma oggetto dell'assicurazione e deve formare oggetto dell'abbandono.

7. — *c*) Sono assicurati la nave e il nolo separatamente. — La nave è abbandonata all'assicuratore della nave e il nolo a quello del nolo. In questo caso, a chi apparterrà il nolo guadagnato dopo l'abbandono? Se, ad es., dopo fatto l'abbandono agli assicuratori del nolo e a quelli del bastimento, la nave inaspettatamente ritorni, guadagnando il nolo intiero, chi avrà diritto a questo nolo? Un grave conflitto può sorgere fra l'assicuratore del nolo e quello della nave, causato dal fatto che il nolo è stato assicurato, ed è stato assicurato separatamente. Ambedue gli assicuratori infatti sosterranno di aver diritto al nolo guadagnato: il primo (quello del nolo) perchè l'abbandono deve comprendere tutte le cose assicurate: il secondo (quello della nave) perchè l'abbandono lo ha reso proprietario della nave fin dal momento del sinistro, e fin dal momento del sinistro la navigazione è stata fatta per conto suo. *Quid juris* in questo conflitto?

Secondo alcuni (1), il nolo spetta tutto agli assicuratori della nave. Così formulato, il principio è affatto inaccettabile. Al più si potrà infatti attribuire all'assicuratore quella parte di nolo che fu guadagnata dopo l'abbandono, non già metterlo in una condizione migliore di quella in cui si sarebbe trovato se fosse stata assicurata la sola nave. Ma neppure entro questi limiti la soluzione può dirsi giusta. Infatti colui che ha assicurato il nolo sarebbe in facoltà di recare un danno all'assicuratore, assicurando in seguito la nave.

Secondo altri si dovrebbe condannare l'assicurato a risarcire all'assicuratore il danno che gli ha recato facendo l'abbandono della nave. Ma, come bene osserva il Vivante, sarebbe questa una soluzione senza equità e senza giustizia,

---

(1) Arnould, *On the law of marine Insurance*, London 1872, vol. II, pag. 1042.

perchè non si può dire in colpa l'assicurato che, usando del suo diritto, fece l'abbandono della nave, e perchè se dovesse tollerare che l'assicuratore del nolo deducesse dalla indennità ciò che ha perduto pel mancato ricupero, correrebbe il rischio di perdere ogni diritto di risarcimento, benchè abbia pagato il premio per ottenerlo (1).

8. — A me pare che in questa materia una decisione assoluta non sia possibile, ma che occorra distinguere il caso in cui l'assicurazione del nolo sia *posteriore* a quella della nave, dal caso in cui l'assicurazione del nolo sia *anteriore*. Se il nolo fu assicurato *dopo* la nave, il diritto dell'assicuratore della nave al nolo che essa potrà guadaguare dopo l'abbandono è già stabilito; onde non potrà recargli danno il fatto che venga posteriormente assicurato il nolo. Se invece il nolo fu assicurato *prima* della nave, sarà l'assicuratore del nolo quello che potrà invocare il principio: *res inter alios acta tertiis non nocet*, e avrà diritto a tutto il nolo, in virtù dell'art. 639 il quale stabilisce che l'abbandono deve comprendere *tutte* le cose assicurate. L'assicuratore, sia della nave che del nolo, dovrà accertarsi che non è stata stabilita anteriormente alcuna altra assicurazione. E l'assicurato, solo nel caso in cui l'abbia con frode occultata, potrà essere tenuto al risarcimento dei danni.

Può darsi anche il caso in cui nessuna delle due assicurazioni può dirsi anteriore all'altra, per essere stata fatta, ad esempio, nello stesso giorno. In tal caso il diritto dell'assicuratore della nave e quello dell'assicuratore del nolo sono uguali onde essi avranno sul nolo guadagnato dopo l'abbandono un diritto di comproprietà per parti eguali.

Questa soluzione, mi sembra, discende direttamente dai principii.

9. — *d*) È ASSICURATO IL SOLO NOLO. — È chiaro in questo caso che esso va abbandonato *tutto* all'assicuratore del nolo.

---

(1) VIVANTE, *Assicurazioni marittime*, Milano 1890, n. 387.

III.

10. — Ma, nei casi in cui si deve abbandonare il nolo, di qual nolo si parla? Di tutto il nolo guadagnato da che sono cominciati i rischi, o solo di quello pendente al momento del sinistro e di quello guadagnato dopo il sinistro? Pongasi, ad esempio, che le merci siano state sbarcate prima del sinistro: l'assicurato dovrà abbandonare anche il nolo di queste merci?

Il Desjardins sostiene che se un dubbio era possibile sotto l'impero dell'art. 386 *code de commerce*, il quale, parlando di merci *salvate* doveva di necessità escludere le merci *non salvate*, perchè *sbarcate*, tale dubbio non ha più ragione di esistere dopo la legge 12 agosto 1885 che soppresse l'articolo citato, e, quindi, in tutte le legislazioni che permettono l'assicurazione del nolo. Egli quindi opina che tutto il nolo, da che i rischi sono cominciati, debba essere compreso nell'abbandono (1). E si riferisce a ciò che scriveva l'Émérigon, il quale, commentando l'ordinanza del 1681, in cui l'art. 386 non esisteva, così confortava la sua opinione: « On peut dire que l'intier nolis, sans distinction, doit être abandonné aux assureurs, déduction faite des dépenses légitimes. L'effet de l'abandon est de mettre l'assureur au lieu et place de l'assuré, comme si assuré ne fût, c'est-à-dire comme si l'entreprise nautique eût été étrangère à l'assuré. La navigation est considérée avoir été faite dans le principe pour le compte de l'assureur, vis-à-vis duquel l'abandon a un effet rétroactif. Inutilement l'assuré dirait que dans l'intervalle il a été privé de ses fonds et que le fret compense les intérêts dont il aurait profité. Mais cet intérêt est un profit qui n'entre point dans le système du contrat d'assurance. Il suffit que l'assuré ne perde rien de son capital assuré. Le gain n'est pas un objet auquel la loi s'arrête, ni doive s'arrêter dans un malheur commun. Il est

---

(1) DESJARDINS, *Traité de droit commercial maritime*, Vol. VII, Paris, 1888, pag. 259, n. 1579. In questo senso vedi anche *Legge Belga*, 11 agosto 1879, art. 218.

donc juste que l'abandon renferme, sans distinction, l'entier nolis qui est l'accessoire du navire abandonné..... L'assuré qui a perçu des nolis pendant le cours de sa caravane, est présumé les avoir perçus pour lui-même si le navire arrive heureusement, et les avoir perçus pour le compte des assureurs si le sinistre rend l'abandon nécessaire. L'assuré, en faisant son délaissement, transporte aux assureurs ses droits, noms, raisons et actions. Les assureurs doivent alors recueillir en leur part le profit de la navigation. Or les nolis perçus ne sont pas moins les profits de la navigation que les nolis pendants » (1).

11. — Malgrado l'autorità di questi scrittori non posso convenire nell'opinione che anche il nolo delle merci non più esposte al rischio al momento del sinistro debba essere compreso nell'abbandono del nolo. Il principio che importa stabilire a questo proposito è che *forma oggetto dell'abbandono solo il nolo che al momento del sinistro era ancora esposto al rischio*. È questa una pura e semplice conseguenza dei principii che regolano il contratto di assicurazione marittima e l'istituto dell'abbandono in particolare. Non vi può essere assicurazione marittima senza rischio marittimo: è ciò che sancisce esplicitamente l'art. 606, il quale, dopo avere enumerate le cose che possono essere oggetto dell'assicurazione, dice da ultimo: « 7º e generalmente ogni altra cosa stimabile in denaro *esposta ai rischi della navigazione* ». Come si può adunque dire che i noli già guadagnati, per cui l'assicurato non corre più alcun pericolo, formino oggetto dell'assicurazione? Nè basta. L'art. 639, n. 2, stabilisce che l'abbandono comprende soltanto le cose che formano oggetto dell'assicurazione e *del rischio*. Dove è il rischio per il nolo di merci ad es. già sbarcate e consegnate ai destinatari?

Certo, non si potrà senz'altro escludere dall'abbandono il nolo già guadagnato e richiedere nello stesso tempo dall'as-

---

(1) Émérigon, op. cit., II, pag. 255.

sicuratore il pagamento di tutta l'indennità. Se ciò si facesse, si contravverrebbe ai più elementari principii del contratto di assicurazione, perchè l'assicurato, in seguito al sinistro, guadagnerebbe tutto l'importo del nolo riscosso. Ma, posti i principii già enunciati, la difficoltà e l'ingiustizia sono evitate facilmente. Il nolo guadagnato non essendo compreso nell'assicurazione, è evidente che l'assicuratore non dovrà pagarlo, e si dovrà quindi dedurlo dall'indennità pattuita. Nè si opponga che l'abbandono delle cose assicurate non può essere parziale (art. 639 n. 1), perchè il nolo già guadagnato non è più una cosa assicurata e non è più compreso nell'assicurazione. Ciò che fa parte dell'assicurazione, cioè il nolo pendente ed il nolo da guadagnarsi, che sono esposti ai rischi, debbono venire, e vengono, interamente abbandonati (1).

12. — Un'ultima questione. Se è stato convenuto tra armatore e noleggiatore che il nolo sia pagato solo sul carico di ritorno, e la nave si perda durante il viaggio di andata, salvandosi le merci caricate, potrà l'assicuratore pretendere l'abbandono di un nolo proporzionale al viaggio compiuto? Applicando i principii posti nel numero 8 risponderò: no, se il patto tra armatore e noleggiatore fu stipulato prima del contratto di assicurazione (salvo il caso di frode) perchè l'assicuratore conosceva o doveva conoscere a quali condizioni era sottoposto il nolo da lui assicurato; sì, se i patti del noleggio furono mutati posteriormente all'assicurazione, senza darne avviso all'assicuratore, e ciò in forza dell'art. 1235 codice civile (2).

---

(1) Conformi al testo: Vivante, op. cit., nn. 383 e 384, pag. 450 e seg.; Arnould, op. cit., II, pag. 1084.

(3) Conforme Desjardins, *Traité de droit marit.*, VII, n. 1579 *ter*. Contra: Valroger, *Droit maritime*, Paris 1879, IV, n. 1902, che sostiene in questo caso non doversi *mai* abbandonare il nolo; e Cauvet, *Traité des assurances maritimes*, Paris 1881, II, n. 405, che crede invece doversi *sempre* abbandonare. In quest'ultimo senso cfr. anche Corte di Parigi, 14 agosto 1857, *Recueil du Havre*, 1857, II, 201.

IV.

13. — Anche il *profitto sperato*, può, secondo le disposizioni del vigente codice di commercio, essere oggetto di assicurazione. L'art. 606 infatti stabilisce che può essere assicurata ogni cosa stimabile in danaro ed esposta ai rischi della navigazione.

Che cosa è il *profitto sperato?* Quell'aumento di valore che in seguito al fatto del trasporto ottiene la merce caricata, e per cui può essere venduta con un beneficio sul prezzo di compra o di produzione. È facile capire come un tale profitto, che i tedeschi chiamano guadagno immaginario (*immaginäre Gewinn*) sia esposto ai rischi della navigazione, al pari delle merci, dalle quali dipende. Donde la logica conseguenza che esso può formare oggetto di una assicurazione marittima (cfr. Vivante, *Assicuraz. marittime*, n. 165).

Ma potrà darsi abbandono dei profitti sperati? La possibilità di tale abbandono è negata da molti scrittori (1). Ecco come riassume i loro ragionamenti l'Aschenheim: L'assicurazione, egli dice, ha per iscopo di evitare una perdita patrimoniale, per cui essa non può avere per oggetto la riuscita di una impresa. Di qui la conseguenza che anche l'assicurazione del profitto sperato non può garantire all'assicurato il profitto *come tale*. L'assicuratore garantisce solo l'arrivo delle merci al luogo di destinazione, in modo che sorga la possibilità di conseguire un guadagno. Nulla dunque di materiale viene assicurato: non è assicurato *il profitto*, ma la *possibilità del profitto*. Ciò posto, quali diritti potrebbero essere trasferiti all'assicuratore in seguito all'abbandono? Quelli forse al profitto che se ne potrà ricavare più tardi? Ma questi l'assicurato non

(1) Desjardins, op. cit., VII, n. 1580, pag. 306; De Courcy, *Questions de droit maritime*, vol. II, Paris, 1885, pag. 409; Valroger, *Droit maritime*, Paris 1880, IV. n. 1896; Benecke, *System des Assekuranz-und Bodmereiwesens*, 1808, vol. III, pag. 547; Aschenheim, *Der Abandon des Versicherten in der Seeversicherung*, Berlin, 1893, pag. 43 e segnenti.

può assicurarli: onde è impossibile che egli trasferisca all'assicuratore, il quale non ha garantito affatto quel profitto, dei diritti sopra di esso. Che resta dunque a trasferire? Il diritto alla *possibilità* di un guadagno, sul quale poi l'assicuratore non ha alcun diritto. Ma questo è lo stesso che nulla (1).

14. — Questo il sottile ragionamento dell'Aschenheim. Il quale, debbo confessarlo, non mi pare che possa persuadere.

Certo, l'assicuratore non garantisce il successo effettivo della speculazione: egli quindi non garantisce che, arrivata la merce a destinazione, l'assicurato la trovi a vendere a quel prezzo determinato che gli dia quel beneficio che ha inteso assicurare. Questo no. Egli si limita a garantire *l'arrivo a destinazione nel tempo e nelle condizioni opportune per vendere la merce con quel determinato profitto*. Ciò posto, dire che l'assicuratore non assicura *il profitto*, ma la *possibilità del profitto*, è fare un giuoco di parole. Il fatto stesso che una merce si trova nelle condizioni di poter essere venduta con un determinato profitto, è chiaro che ha aumentato dell'importo di questo profitto il *valore* della merce. Il valore (s'intende, di cambio) non è che il grado di attitudine di una cosa ad essere scambiata con un'altra cosa (2). Ed il profitto alla sua volta quindi non è in questo caso che l'*aumento di valore che il fatto del trasporto conferisce alla merce*. Che poi questo aumento di valore venga effettivamente realizzato in moneta, non importa affatto: perchè si consegua il profitto, basta che l'aumento di valore, cioè l'*attitudine ad essere scambiata con una quantità maggiore di altre cose* (nella specie, moneta) *si sia verificata*. La distinzione quindi dell'Aschenheim tra *profitto* e *possibilità del profitto* manca assolutamente di base, o, meglio, si basa sopra un errore: sulla identificazione cioè tra *profitto*

---

(1) ASCHENHEIM, *Der Abandon des Versicherten*, pag. 44.

(2) NEUMANN, *I concetti fondamentali della Economia sociale*, nel *Manuale di Economia politica* dello SCHÖNBERG, *Bibl. degli Econ.*, serie III, vol. XI, pag. 175, nota.

e *realizzazione del profitto*. Quest'ultima, certo, dipende da tante circostanze che l'assicuratore non può garantire, ma il profitto, cioè *l'aumento di valore della merce*, egli lo garantisce, perchè è una *cosa stimabile in danaro esposta ai rischi della navigazione* (art. 606 del cod. di comm. italiano).

Quale difficoltà quindi ad ammettere un abbandono del *maggior valore acquistato dalle merci col fatto del trasporto?* Vi saranno sicuramente casi in cui questo abbandono non farà acquistare all'assicuratore alcun diritto, ma tali casi si hanno anche nell'abbandono della nave e nell'abbandono del carico. Pongasi ad esempio l'abbandono per mancanza di notizie, nel caso in cui la mancanza di notizie dipenda da perdita effettiva: l'abbandono nulla trasferirà all'assicuratore perchè la cosa assicurata è perita. Che se si vuol dire che in questo caso all'assicuratore è trasferito un diritto *eventuale*, si può rispondere che anche nell'abbandono dei profitti sperati l'assicuratore acquista un diritto *eventuale* alla plus-valenza che può avere la merce quando sia salvata o ricuperata. Ma altri casi vi sono in cui si trasferisce all'assicuratore del profitto un diritto *reale* ed *attuale*. Così, in caso di perdita oltre i tre quarti. Se, per una ragione qualsiasi, la merce quando arriva a destino ha una plus-valenza inferiore ai tre quarti del profitto assicurato, l'assicurato potrà abbandonarla, e pretendere tutto il profitto assicurato (1).

15. — Posti per tal modo i principii, vediamone le applicazioni pratiche nei tre casi che possono darsi riguardo all'assicurazione dei profitti sperati.

a) *È assicurato anche il carico, e l'assicuratore della merce*

---

(1) Credono che anche il profitto sperato possa formare oggetto di abbandono: REATZ, *Seeversicherungsrecht* in ENDEMANN'S, *Handbuch des deutschen Handels-See und Wechselrechts*, vol. IV, pag. 453, 456; PÖHLS, *Darstellung des Handelsrechts*, vol. IV, pag. 628; LEWIS, *Das deutsche Seerecht*, vol. II, pag. 448. Per la valutazione dei danni e delle perdite del profitto sperato cfr. BOLZE, *Versicherung imaginären Gewinns auf behaltene Ankunft einer Waare mit einem bestimmten Schiff*, nella *Zeitschrift für d. ges. Hand.*, XLII (1894), pag. 36 e seg.

e quello del profitto sono una stessa persona. Dicemmo a proposito dell'abbandono del nolo che questo non s'intende assicurato insieme alla nave, senza una esplicita dichiarazione della polizza. Invece il profitto sperato è di regola compreso nell'assicurazione delle merci, e ciò per la disposizione dell'articolo 612 (1): se le parti vogliono diversamente, devono indicarlo nel contratto. Ciò premesso, in questo caso l'assicuratore della merce avrà diritto alla merce col valore che essa ha acquistato col mezzo del trasporto.

Se invece non fossero stati assicurati anche i profitti sperati, la plus-valenza dovrebbe spettare all'assicurato, giacchè essa non facendo parte dell'assicurazione, non può neppure far parte dell'abbandono. Resta così dimostrata senza fondamento l'obiezione dell'Aschenheim che quando l'assicuratore del profitto è anche l'assicuratore del carico, a lui spetta l'eventuale profitto come proprietario delle cose assicurate, e gli spetterebbe anche se non gli fosse stato abbandonato il profitto sperato (2).

16. — *b) È assicurato anche il carico e l'assicuratore della merce e quello del profitto sono persone distinte.* Tutta la dottrina francese nega che in questo caso l'abbandono sia concepibile (3). Come si potrà — si dice — impedire all'assicuratore della cosa, nel caso in cui sia abbandonata, di ottenere il prodotto integrale? L'assicuratore del profitto non avrebbe alcuna azione contro l'assicuratore della cosa, salvo il caso di connivenza fraudolenta tra questi e l'assicurato. Al massimo dunque si

---

(1) Cfr. VIVANTE, n. 388.

(2) ASCHENHEIM, *Der Abandon des Versicherten*, pag. 44.

(3) Cfr. DESJARDINS, *Traité de droit marit.*, VII, pag. 306; DE COURCY, *Questions*, II, pag. 409; VALROGER, *Droit maritime*, IV, n. 1896; *Legge Belga*, articolo 217; ASCHENHEIM, *Der Abandon*, pag. 44, il quale dice: « Sind aber Versicherer von Ladung und imaginärem Gewinn verschiedene Personen, so wird der Versicherer der letzeteren leer ausgehen, denn der Versicherer der Ladung kann doch unmöglich gezwungen werden, etwas von seinem Gewinne herauszugeben, weil zufällig noch eine Versicherung des imaginären Gewinns vorhanden ist, die ihn gar nichts angeht ».

potrebbe ammettere l'abbandono nel caso in cui la frode fosse provata: negli altri casi la nozione di abbandono si deve escludere da questa materia.

Questa difficoltà è tutt'altro che decisiva. Non v'ha dubbio che i profitti costituiscono un prodotto della merce, i frutti civili della merce. Ora, coll'assicurare separatamente i profitti sperati, il proprietario delle merci ha spezzato il vincolo di dipendenza esistente tra queste e quelli, ha tolto ai profitti il carattere di accessori che devono seguire la sorte del loro principale. Per conseguenza ha tolto all'assicuratore della merce il diritto di avere a titolo di frutto e di accessorio anche la plus-valenza che si verifica in seguito al fatto del trasporto. Il diritto a questa plus-valenza egli lo riserba all'assicuratore del profitto, nel caso che voglia farne abbandono. È precisamente lo stesso caso del proprietario della merce che fa inserire nella polizza la dichiarazione che intende assicurare la sola merce e non già anche il profitto sperato. Riguardo a quest'ultimo egli è l'assicuratore di sè stesso, e nessuno gli potrà negare il diritto, in caso di abbandono, ad ottenere il maggior valore acquistato dalla merce (V. n. 15). I due casi sono identici: nel secondo l'assicurato tiene per sè il diritto al maggior valore; nel primo lo trasferisce all'assicuratore del profitto sperato. Sulle merci salvate adunque assicuratore della merce ed assicuratore del profitto avranno un diritto di comproprietà (1): il primo, fino a concorrenza del valore della merce al porto d'imbarco, che egli ha assicurato; il secondo, fino a concorrenza dell'aumento di valore che la merce ha acquistato al porto di destinazione, e che era alla sua volta oggetto dell'assicurazione da lui assunta. Sono in tal modo perfettamente conciliati e regolati i diritti dell'assicuratore della merce e quelli dell'assicuratore del profitto sperato. L'assicuratore della merce non potrà ottenerne il valore integrale, perchè egli non ne è l'unico ed assoluto proprietario: per conseguenza quindi l'assicuratore del profitto avrà contro di

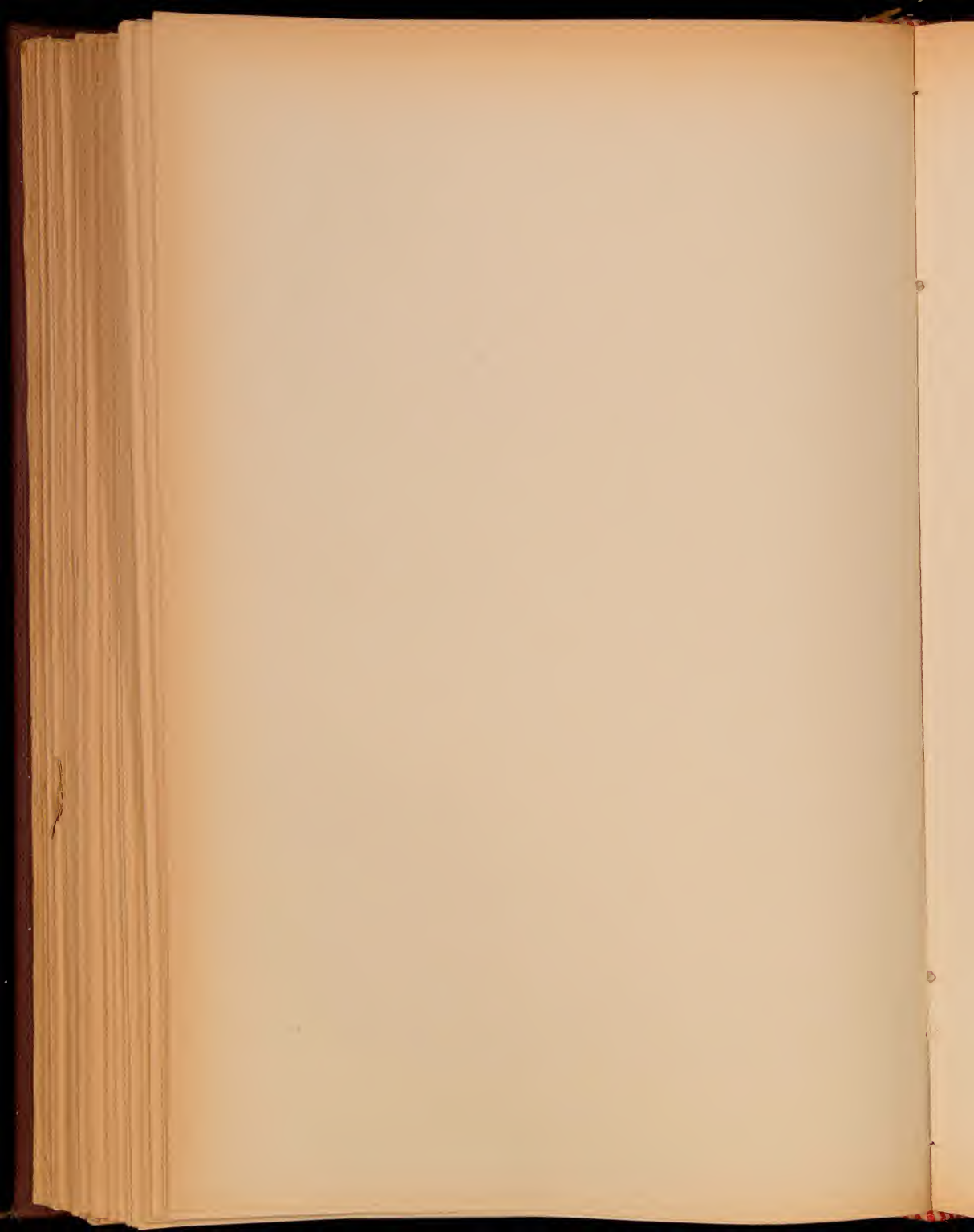
(1) Vedi VIVANTE, op. cit., n. 389 *bis*.

lui un'*actio communi dividundo* per ottenere la vendita della merce e la ripartizione del prezzo. L'assicuratore delle merci — osserva benissimo il Vivante — non può dolersi di dividerne il ricavato, perchè, non avendo compreso nell'assicurazione l'assicurazione del profitto sperato, deve, in caso di sinistro, una somma minore. Se non fosse così, l'assicuratore delle merci avrebbe sul ricupero eguale diritto sia che avesse, o meno, assicurato anche il profitto sperato.

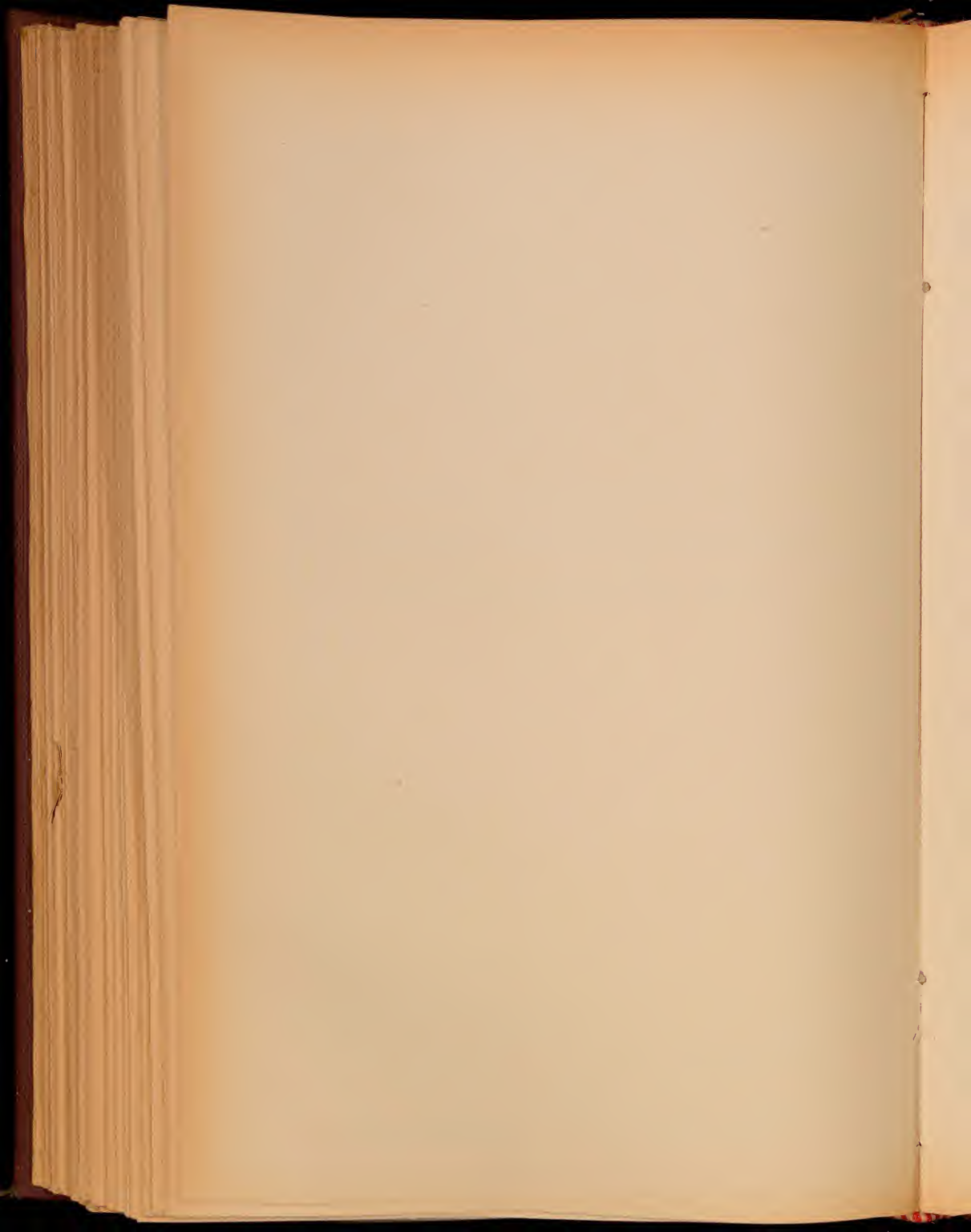
Del resto, se all'assicuratore delle merci si abbandonasse anche il profitto assicurato separatamente, si violerebbe l'articolo 639, n. 2, il quale dice che l'abbandono comprende solo le cose che formano oggetto dell'assicurazione e del rischio, giacchè il profitto non fa per nulla parte della assicurazione delle merci, per ciò stesso che fu assicurato separatamente.

Nè basta. Nel sistema dei miei contraddittori l'assicuratore delle merci non solo riceverebbe un ingiusto profitto, ma lo riceverebbe a spese dell'assicuratore dei profitti. Se le merci salvate o ricuperate sono vendute per un prezzo superiore a quello stimato nella polizza, gli assicuratori, dovendo risarcire solo quest'ultimo, guadagneranno senza alcuna ragione la differenza fra il prezzo fissato e il prezzo ricavato dalla vendita. E a danno di chi lo guadagneranno, nell'ipotesi che il profitto sperato sia stato assicurato separatamente? A danno dell'assicurato no, perchè questi riceve dall'assicuratore della merce il valore di essa al porto d'imbarco, e dall'assicuratore del profitto la plus-valenza che avrebbe dovuto avere al porto di destinazione. Quindi si deve concludere che lo guadagneranno proprio a danno dell'assicuratore del profitto, il quale sarà costretto a risarcirlo per intero all'assicurato, senza poter beneficare, mediante l'abbandono, di quella parte di esso che sia stata effettivamente ottenuta.

17. — *c*) *È assicurato il solo profitto*, oppure, essendo assicurata anche la merce, vien fatto abbandono del solo profitto. Anche in questo caso il Desjardins nega la possibilità dell'abbandono. Pongasi, ad es., che si tratti di abbandono per perdita

dei tre quarti: egli dice che è una proposizione affatto assurda quella per cui l'assicurato dice all'assicuratore: io ho perduto 75.000 franchi di profitto sperato: rimborsatemene dunque 100.000. Certo, così enunciata, la proposizione pare assurda: ma non lo è più, se la si enuncia nei suoi veri termini, come risulta da tutto quanto sono venuto fin qui esponendo. Non si tratta già di dire: ho perduto 75.000, rimborsatemi 100.000; ma: ho perduto 75.000, rimborsatemi 100.000 ed *io vi cedo la plus-valenza delle merci salvate*. Così posta, io non vedo che cosa possa avere di assurdo la proposizione.

GLI OBBLIGHI DELL'ASSICURATO E DELL'ASSICURATORE DOPO L'ABBANDONO NELLE ASSICURAZIONI MARITTIME*

---

* *La Legge*, 1898.

§ 1. — *Gli obblighi dell'assicurato.*

Sommario. — 1. Dichiarazioni che deve fare l'assicurato. — 2. Deve dichiarare: *a)* le assicurazioni fatte od ordinate. — 3. *b)* i prestiti a cambio marittimo ricevuti. — 4. Caso in cui non vi sono altre assicurazioni - Dichiarazioni negative. — 5. Omissioni o falsità delle dichiarazioni. — 6. Altri obblighi dell'assicurato dopo l'abbandono.

1. — L'assicurazione essendo un contratto d'indennità, in cui l'assicurato *certat de damno vitando*, non *de lucro captando*, principio fondamentale in questa materia è che l'assicurato non può in alcun modo trarre vantaggio dal verificarsi del sinistro, ma deve soltanto essere rimesso nelle stesse condizioni in cui si trovava prima di esso. Per ottenere questo scopo nella materia dell'abbandono e per impedire che l'assicurato con frodi od inganni si faccia pagare più volte il medesimo danno, o se lo faccia pagare con una indennità esagerata, la legge ha stabilito all'art. 638, n. 2, cod. di comm. che, nel fare l'abbandono l'assicurato deve dichiarare le assicurazioni fatte od ordinate e i prestiti a cambio marittimo ricevuti (1).

---

(1) L'Aschenheim, *Der Abandon des Versicherten in der Seeversicherung*, Berlin, 1893, pag. 50, fa dipendere l'obbligo di dichiarare le altre assicurazioni dalla necessità in cui si trova l'assicuratore di sapere se vi sono altri diritti da far valere sulla cosa, di cui egli va a diventare proprietario in forza dell'abbandono: egli deve cioè sapere se la cosa abbandonata resta a lui in proprietà esclusiva, o se invece egli ne diventa solo comproprietario. Questo è anche vero; ma certo la ragione fondamentale per cui il legislatore richiese la dichiarazione obbligatoria, è, invece, quella accennata nel testo.

Non v'ha dubbio che, logicamente, la disposizione dell'articolo 638 dovrebbe riguardare tanto il caso dell'azione di abbandono quanto quello dell'azione di avaria. Ma una lunghissima, benchè erronea tradizione, avendo indotto il legislatore a collocarla sotto il capo dell'abbandono, a noi pare indubbio che nel silenzio della legge, ove la polizza non disponga diversamente, non possano pretendersi dall'assicurato le dichiarazioni di cui all'art. 638. Si tratta qui di una norma utile e benefica per la sincerità delle contrattazioni, ma restrittiva e limitativa della libertà delle parti, onde non si può per mezzo della interpretazione analogica, estenderla oltre i casi previsti dalla legge o dal contratto (1).

2. — L'assicurato deve dichiarare, in primo luogo, le assicurazioni fatte ed ordinate. L'ordinanza francese del 1681 parlava solo delle assicurazioni effettivamente eseguite, ma il Codice francese del 1807, seguito da tutti i Codici posteriori, ragionevolmente volle che si dichiarassero anche le assicurazioni semplicemente ordinate, posto pure che gli ordini non abbiano avuto un principio di esecuzione. Con tale disposizione si evitano i sotterfugi a cui potrebbero ricorrere gli assicurati per sottrarsi all'obbligo di fare le dichiarazioni, e si pongono gli assicuratori in grado di verificare se gli ordini sono stati effettivamente eseguiti (2).

L'obbligo di denunciare le assicurazioni non riguarda solo quelle fatte od ordinate personalmente dall'assicurato, ma anche quelle fatte per conto suo, o da colui che è suo autore rispetto alle cose assicurate. Così il compratore dovrà denunciare le assicurazioni fatte da chi gli vendette la cosa, e il giratario di una polizza di carico quelle fatte da tutti i gi-

---

(1) Cauvet, *Traité des assurances maritimes*, II, n. 431; Vivante, *Assicurazioni marittime*, Milano, 1890, n. 440, pag. 509. *Contra* Desjardins, *Traité de droit maritime*, VII, n. 1492, pag. 122 testo e nota 1.

(2) Desjardins, *Traité de droit maritime*, VII, n. 1492, pag. 123; Bédarride, *Commerce maritime*, IV, n. 1515, pag. 414; Cresp-Laurin, *Cours de droit maritime*, IV, pag. 163.

ranti anteriori (1). L'illustre Vivante (2) critica la legge per non aver detto chiaramente che l'assicurato deve denunciare tutte le assicurazioni che, a sua saputa, furono fatte sui medesimi oggetti da altri interessati, per esempio dai creditori privilegiati, dalle persone responsabili per la loro conservazione. Non v'ha dubbio che l'omissione di una tale dichiarazione può dar luogo a gravi inconvenienti, come nel caso in cui tanto i creditori quanto l'assicurato riscuotano l'indennità, e che questi per opera del sinistro sia liberato dal debito, ritraendo così dall'assicurazione un ingiusto vantaggio. Ma è d'uopo confessare che nella pratica una tal disposizione raramente potrebbe riuscire efficace, giacchè sarebbe in ogni modo lasciato alla discrezione dell'assicurato il fare, o no, questa dichiarazione.

Le assicurazioni che si debbono dichiarare sono tanto quelle anteriori, che quelle posteriori all'assicurazione contratta coll'assicuratore a cui l'abbandono vien fatto. Quelle anteriori, perchè l'assicuratore possa, valendosi del disposto degli articoli 426 e 428 Cod. di comm., ottenere l'annullamento o la riduzione dell'assicurazione per la somma eccedente il valore reale: quelle posteriori, perchè possa esercitare, dopo avere pagato l'indennità, l'azione di regresso contro gli altri assicuratori, nei casi previsti dall'art. 608 (3).

L'obbligo della dichiarazione si riferisce alle sole cose che formano oggetto del contratto di assicurazione, in forza del quale l'assicurato agisce coll'azione di abbandono. Il principio che è necessario fissare in questa materia è il seguente: quando l'oggetto del contratto di assicurazione in forza del quale l'abbandono è fatto è, anche solo in parte, comune ad un

---

(1) Bédarride, op. cit., n. 1512, pag. 417; Vivante, op. cit., n. 441, pag. 511; Desjardins, n. 1492, pag. 123; Corte di Marsiglia, 11 agosto 1823, *Rec. de Marseille*, IV, I. 232; Corte di Marsiglia, 13 agosto 1824, *Rec. de Marseille*, V, I, 247; Corte di Marsiglia, 2 marzo 1830, *Rec. de Marseille*, XI, I, 212.

(2) op. cit., n. 440, pag. 510.

(3) Desjardins, op. cit., n. 1492, pag. 123; Valroger, *Droit maritime*, n. 1823; Vivante, n. 441, pag. 511.

altro contratto di assicurazione, questo ultimo deve essere sempre denunciato. Se al contrario le cose che formano oggetto dei due contratti sono ben distinte, la denuncia non è necessaria.

Applicando questo principio, ne deriva:

a) Che se una nave ha più caratisti, chi ha fatto assicurare il suo carato non è tenuto a denunciare le assicurazioni fatte dagli altri. Qui infatti l'oggetto dell'assicurazione è ben distinto da quello delle altre (1).

b) Che se il caricatore divide il carico in più lotti, non deve dichiarare all'assicuratore di uno le assicurazioni fatte sugli altri (2). Se, al contrario, le parti del carico non sono ben distinte, ma divise solo in quote, ognuno degli assicuratori ha diritto di pretendere la dichiarazione delle altre assicurazioni (3).

c) Che se venne assicurata la nave, comprendendo nel suo valore la dotazione, e il nolo lordo, l'assicurato deve farne dichiarazione, perchè ambedue i contratti hanno comune parte dell'oggetto, cioè le spese di spedizione (4).

3. — In secondo luogo l'assicurato deve dichiarare i prestiti a cambio marittimo ricevuti. Anche quest'obbligo, come avemmo già occasione di notare, dipende dal principio che il patrimonio dell'assicurato non deve in alcun modo profittare del verificarsi del sinistro (5). È noto che il cambio marittimo è un prestito garantito per mezzo di un diritto di pegno sulla nave, sul nolo o sul carico, pel quale è esclusa ogni perso-

---

(1) Vivante, op. cit., n. 444, pag. 513; Desjardins, op. cit., VII, n. 1492, pag. 124; Cauvet, *Assurances maritimes*, II, n. 233,

(2) Vivante, op. cit., n. 444, pag. 513; Desjardins, VII, op. cit., n. 1492, pag. 124 e 125; Bédarride, op. cit., IV, n. 1513 e 1514, pag. 418 e segg.; Valroger, op. cit., IV, n. 1825; Cauvet, op. cit., II, n. 133; *contra*: Cresp-Laurin, IV, pag. 164.

(3) Desjardins, op. cit., n. 1492, pag. 124; Cauvet, op. cit., loc. cit.

(4) Vivante, op. cit., pag. 514, n. 444.

(5) Aschenheim, *Der Abandon des Versicherten in der Seeversicherung*, Berlin 1893, pag. 50.

nale responsabilità del prenditore, e gli oggetti su cui è costituito il pegno rappresentano pel creditore i soli oggetti, su cui questi possa far valere i propri diritti (1). Ciò posto si vede come, perita la cosa nel sinistro maggiore che dà luogo all'abbandono, l'assicurato restando sgravato dal debito verso il prestatore a cambio marittimo, trarrebbe un ingiusto vantaggio dal sinistro, ove potesse ottenere tutta l'indennità dall'assicuratore. Ed è per questo che la legge stabilisce (art. 607, n. 3) che le cose sulle quali si è preso a cambio marittimo non possono essere assicurate che per la parte del valore che supera le somme avute in prestito. Donde un diritto negli assicuratori di ottenere l'annullamento o la riduzione dell'assicurazione di cose già vincolate a cambio marittimo, diritto che essi sarebbero nell'impossibilità di esercitare ove non fosse loro notificata l'esistenza del cambio marittimo.

Questo per i prestiti a cambio marittimo stabiliti *prima* dell'assicurazione. Per quelli stabiliti *dopo* la necessità della dichiarazione emerge da ciò che essi debbono essere dedotti dall'ammontare dell'indennità, giacchè coll'abbandono passano a carico degli assicuratori. Nel caso però di prestiti fatti per riparare i danni che sono a carico dell'assicuratore, la dichiarazione non è necessaria. In questo caso infatti la condizione dell'assicuratore non cambia: egli è sempre tenuto a pagare tutta l'indennità, la quale rappresenta anche le spese fatte per risarcire i danni (2).

4. — Le disposizioni dell'art. 638 sono di carattere penale, e vanno quindi interpretate restrittivamente. È per ciò che noi crediamo non potersi obbligare l'assicurato nel caso in cui non vi sono altre assicurazioni, o altri prestiti a cambio marittimo, a fare una dichiarazione negativa.

Si oppone che in tal modo l'assicurato avrebbe un mezzo

(1) Lewis, *Das deutsche Seerecht*, Leipzig 1884, vol. II, pag. 4.

(2) Vivante, op. cit., n. 412, pag. 512; Cresp-Laurin, IV, pag. 161; *Contra*: Desjardins, VII, pag. 123, n. 1492.

molto semplice per sfuggire le sanzioni comminate dall'ultimo paragrafo dell'art. 638 in caso di dichiarazione fraudolenta: egli potrebbe non fare alcuna dichiarazione, e così l'assicuratore non avrebbe alcun mezzo per provare la sua frode. Si aggiunge che una dichiarazione è sempre necessaria perchè l'assicuratore sappia almeno che i termini del pagamento sono cominciati a decorrere. Si dice infine che non potrebbe l'assicuratore verificare se la somma assicurata eccede il valore delle cose assicurate (art. 428) e se gli spetta un diritto di regresso verso altri assicuratori (art. 608).

Ma alla prima obiezione si può rispondere che l'assicurato può aver sempre un interesse a fare una dichiarazione falsa, giacchè in tal modo egli assopisce — per così dire — le diffidenze dell'assicuratore. Se invece non fa alcuna dichiarazione, l'assicuratore potrà sempre con ricerche dirette, porsi in grado di conoscere l'esistenza delle altre assicurazioni o dei prestiti a cambio marittimo. Alla differenza quindi di danno è giusto che corrisponda una differenza di pena, e sarebbe ingiusto il colpire colla decadenza da ogni diritto derivante dall'assicurazione tanto chi con dichiarazioni mendaci ha tratto l'assicuratore in un vero e proprio inganno, quanto chi si è limitato a tacere l'esistenza delle altre assicurazioni.

Non è poi vero che, se non è fatta la dichiarazione, l'assicuratore non potrà accorgersi della maliziosa reticenza dell'assicurato, e non potrà scoprire l'esistenza delle altre assicurazioni. Infatti, o l'assicuratore sospetta questa esistenza, ed allora il silenzio dell'assicurato non gli impedirà certo di fare quelle ricerche che più crede utili nel suo interesse, o non la sospetta, ed il silenzio avrà per lui gli stessi effetti di una falsa dichiarazione: anzi — come abbiamo detto — la sua diffidenza sarà più destata dalla reticenza che dalla notificazione mendace.

Non è poi esatto dire che una dichiarazione deve essere fatta, altrimenti il termine del pagamento non può cominciare a decorrere. Questo termine, di regola, decorre dal giorno dell'abbandono (art. 631), ed è differito al giorno della dichia-

razione solo quando questa dichiarazione *deve essere fatta e viene ritardata.* Sostenere che la dichiarazione deve essere sempre fatta, perchè il termine non può cominciare mai a decorrere, se la dichiarazione non è fatta è — come tutti vedono — una vera e propria petizione di principio.

E, in ultimo, non ci pare del tutto fondato neppure l'argomento che il Vivante desume dalla impossibilità in cui si trova l'assicuratore, in caso di mancanza di dichiarazione, di verificare se gli competono i diritti sanciti dagli art. 428 e 608 Cod. di comm. Non si deve dimenticare infatti che noi sosteniamo non doversi richiedere dichiarazione *nel caso di unicità di assicurazione e di non esistenza di prestiti a cambio marittimo*; in questo caso, non essendovi pluralità di contratti, non sapremmo davvero quali diritti dovrebbe far valere l'assicuratore.

In conclusione, la dichiarazione negativa non è richiesta da alcuna necessità logica o razionale. Non solo, ma la lettera della legge la esclude assolutamente. L'art. 638 parla di *assicurazioni fatte od ordinate e di prestiti a cambio marittimo ricevuti*: non già di assicurazioni nè fatte nè ordinate, e di prestiti non ricevuti. E l'art. 631 fa decorrere il termine pel pagamento delle cose assicurate dal giorno del *fatto abbandono*, non già, come vorrebbero i nostri contraddittori, dal giorno della *fatta dichiarazione* (1).

5. — Nel caso che esistano altre assicurazioni o prestiti a cambio marittimo, quali conseguenze produce l'omissione o la falsità della dichiarazione? Lo dicono i due ultimi capoversi dell'art. 638, i quali stabiliscono che, in mancanza, il ter-

---

(1) Cassaz. francese, 9 agosto 1808, Dalloz, *Droit maritime*, n. 1546; Appello Genova, 28 novembre 1859, *Giurispr. Stati Sardi*, 1859, II, 851; DESJARDINS, op. cit., VII, n. 1492, pag. 124; CRESP-LAURIN, op. cit., pag. 161 e seg.; ASCOLI, *Commento*, n. 1068; VIDARI, *Corso*, VII, pag. 186, n. 6559. *Contra:* BÉDARRIDE, op. cit., n. 1512, pag. 416 e segg.; CAUVET, op. cit., n. 432; VALROGER, op. cit., IV, n. 1827; VIVANTE, n. 443, pag. 513; Codice germanico, art. 873.

mine per il pagamento non decorre che dal giorno in cui questa dichiarazione viene notificata, ma il termine per promuovere l'azione di abbandono non è per ciò prorogato.

In caso di dichiarazione fraudolenta, l'assicurato perde ogni diritto derivante dal contratto di assicurazione.

Diciamo anzitutto della omissione di dichiarazione.

Finchè questa non è fatta, il termine, entro il quale l'assicuratore deve pagare la somma assicurata, non comincia a decorrere. Ma si domanda: fatto l'abbandono, la dichiarazione dovrà pure essere fatta nel termine stabilito per l'abbandono, o potrà farsi anche dopo? In altre parole, trascorso il termine stabilito per fare l'abbandono, senza che la dichiarazione sia notificata, l'assicurato decadrà anche dal diritto d'abbandono? La *ratio dubitandi* deriva da ciò che l'art. 638, dopo aver stabilito la sospensiva del termine per il pagamento, aggiunge: *ma il termine per promuovere l'azione di abbandono non è per ciò prorogato.* Ora — si dice — se a causa della dichiarazione il termine dell'abbandono non può essere prorogato, ne segue necessariamente che la dichiarazione deve farsi nel termine dell'azione, altrimenti, se la dichiarazione fosse posteriore, il termine dell'abbandono sarebbe di necessità prorogato. D'altra parte, l'abbandono non può validamente esistere senza dichiarazione, almeno in questo senso, che non può avere effetto che dal giorno della dichiarazione. Ora se durante sei mesi, un anno, due anni l'abbandono è rimasto in uno stato di morte, potrà essere fatto rivivere da una dichiarazione tardiva e fatta oltre il termine fatale?

Ma questo dubbio non ha ragione di esistere. Non è vero che l'abbandono non è valido senza dichiarazione: la legge dice solo che fino ad essa ne sono sospesi gli effetti: pretendere che per non aver fatto la dichiarazione nei termini stabiliti per l'abbandono, l'assicurato debba decadere anche dal beneficio dell'abbandono, è un aggiungere arbitrariamente alla legge una sanzione che essa non commina (1).

---

(1) BÉDARRIDE, op. cit., IV, n. 1515, 1516 e 1517, pag. 427 e segg.; DES-

Quale sarà dunque la portata della frase legislativa: *ma il termine per promuovere l'azione di abbandono non è perciò prorogato?* Solo questa: che, fatto l'abbandono, l'assicurato non può, sotto pretesto che non ha fatto la dichiarazione, prolungare il termine per domandare al magistrato la convalidazione dell'abbandono, termine che è lo stesso che il legislatore ha stabilito per fare l'abbandono (art. 637).

Vediamo ora quali sono le conseguenze di una dichiarazione fraudolenta.

Che s'intende per dichiarazione fraudolenta?

Escludiamo anzitutto che basti per costituirla una dichiarazione inesatta o incompleta. Quando l'assicurato, nel farla, fu in buona fede, sarebbe ingiusto punire la sua ignoranza al pari della frode di colui che fece scientemente una dichiarazione mendace. In caso di dichiarazione inesatta, dunque, fatta per errore e in buona fede, l'assicurato potrà sempre rifarla e rettificarla. Ma finchè non sarà rettificata, essa si dovrà ritenere come non fatta, e il termine del pagamento non comincerà a decorrere, che dal giorno della rettificazione. Per l'assicuratore l'essere male informato è lo stesso che non essere informato, anzi, qualche volta è peggio. La buona fede poi dell'assicurato varrà a preservarlo dalle sanzioni che la legge commina contro le false dichiarazioni, ma non può cambiare la condizione dell'assicuratore e quindi il suo diritto a non pagare finchè non è stato esattamente informato (1).

Si ha invece dichiarazione fraudolenta quando l'assicurato fa scientemente una dichiarazione mendace e tale da procurargli un beneficio a danno dell'assicuratore. Il Locré volle sostenere che non è necessaria la possibilità di un danno: ma basta l'*intenzione* di produrlo. Se l'assicurato, ad esempio, ha

---

JARDINS, n. 1493, pag. 125; CRESP-LAURIN, IV, pag. 164 e seg.; CAUVET, II, n. 434, 435; VIVANTE, n. 446, pag. 515. *Contra:* VIDARI, *Corso*, VII, n. 6560, pag. 187.

(1) CAUVET, *Assurances maritimes*, II, n. 436; DESJARDINS, op. cit., VII, numero 1493 *ter*, pag. 127; VIVANTE, op. cit., n. 416, pag. 516. *Contra:* VALROGER, op. cit., IV, n. 1832.

fatto una dichiarazione incompleta, credendo, per un errore di calcolo, che le assicurazioni taciute, unite a quelle dichiarate, sorpassassero il valore della cosa, mentre così non è realmente, la frode vi è ugualmente, ed egualmente si deve applicare l'ultimo capoverso dell'art. 638 (380 del Codice francese). Ma qui si confonde il *dolo*, cioè la scienza della falsità, colla *frode*. Per darsi frode è necessario non solo il *consilium fraudis*, ma l'*eventus damni*, o, almeno, la possibilità di tale evento. La legge, in genere, non punisce le semplici colpe di coscienza, ma solo quelle che sono causa di un danno. E questa opinione trova una conferma nell'Ordinanza del 1681 (libro III, tit. VI, art. 54), la quale colpiva le false dichiarazioni solo quando le assicurazioni e i cambi marittimi celati, assieme a quelli dichiarati, eccedessero il valore delle cose assicurate, cioè solo nel caso in cui un danno effettivo fosse possibile (1).

La prova della frode è a carico di chi l'allega, cioè a carico dell'assicuratore. La dottrina francese però è concorde nel ritenere che basti all'assicuratore il provare l'omissione, l'inesattezza o la falsità delle dichiarazioni; ciò fatto, si crea una presunzione di frode a carico dell'assicurato, il quale a sua volta dovrà provarne la insussistenza, allegando la sua ignoranza o il suo errore. Ma giustamente il Vivante censura una tal dottrina, e dice che sarebbe un andare troppo oltre il trarre senz'altro dalla omissione o inesattezza della denunzia una presunzione di frode. La massima: *onus probandi incumbit ei qui dicit, non ei qui negat*, deve avere anche in questa materia la sua piena applicazione. Ora provare la frode vuol dire provare tutti gli elementi della frode, e quindi non il solo *eventus damni* o la possibilità dell'evento, che si deducono dalla inesattezza delle dichiarazioni, ma anche il *consilium fraudis*, l'elemento intenzionale, la scienza cioè del men-

---

(1) BÉDARRIDE, op. cit., IV, n. 1520-1524, pag. 431 e segg.; DALLOZ, *Répertoire*, voce *Droit maritime*, n. 2184 *bis*; CAUVET, II, n. 437 e seg.; VALROGER, IV, n. 1837; DESJARDINS, op. cit., VII, 1493 *bis*, pag. 126. *Contra*: LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, IV, pag. 266, sull'art. 380.

dacio. Richiedendo dall'assicurato la prova della buona fede, si inverte parte dell'onere della prova senza che il legislatore abbia in alcun modo giustificato una deroga così grave ai principî generali di diritto (1).

Provata la frode, il contratto non resta per questo annullato: solo l'assicurato perde ogni diritto derivante da esso (art. 638, n. 3). Questo continua a produrre tutti i suoi effetti rispetto all'assicuratore, il quale, restando sciolto da ogni obbligazione, conserva tuttavia il diritto di esigere il premio (2).

6. — Il secondo obbligo dell'assicurato è quello di provare il sinistro (art. 631, n. 4). Di questa prova, che è comune tanto all'azione di abbandono che a quella di avaria, e che, del resto, essendo l'abbandono un modo di liquidare l'indennità derivante dal verificarsi del rischio assicurato, è la semplice applicazione del principio che l'onere della prova spetta all'attore, non è qui il luogo di parlare diffusamente, e per essa, rimandiamo ai trattati che ne parlano come di un presupposto necessario per ottenere la liquidazione dell'indennità, qualunque sia il modo scelto per giungere a tale scopo (3).

Infine, l'assicurato deve consegnare all'assicuratore i documenti riguardanti le cose abbandonate (art. 640, n. 1). A differenza del legislatore tedesco (art. 874, n. 1, Cod. gen. del 1871; § 870 Cod. del 1897), il nostro legislatore e quello francese non hanno prescritto all'assicurato alcuna cura speciale da tenere nella custodia e nel salvamento delle cose abbandonate (4).

---

(1) Conforme al testo VIVANTE, op. cit. n. 446, pag. 516. *Contra*: BÉDARRIDE, IV, n. 1525, pag. 435; CAUVET, op. cit., II, n. 438; VALROGER, op. cit., IV, n. 1837; DESJARDINS, op. cit. VII, n. 1492 *bis*, pag. 127.

(2) VIVANTE, op. e loc. cit.; DESJARDINS, op. cit., VII, n. 1492 *bis*, pag. 127; BÉDARRIDE, op. cit., IV, n. 1526, pag. 435.

(3). Cfr. ASCHENHEIM, *Der Abandon des Versicherten*, pag 49.

(4) Cfr. ASCHENHEIM, op. cit., pag. 50; GAREIS e FUCHSBERGER, *Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch*, Berlin, 1891, pag. 1232; *Entsch. des R. O. H. G.*, XXIV, pag. 395; XVIII, pag. 289.

§. 2. — *Obblighi dell'assicuratore.*

Sommario. — 7. Pagamento dell'indennità — Termine pel pagamento. — 8. Condanna provvisoria dell'assicuratore. — 9 Decorrimento degli interessi. — 10. Luogo e modo del pagamento.

7. — Ultimo effetto dell'abbandono è quello di obbligare l'assicuratore al pagamento della somma assicurata. Sarebbe ingiusto però obbligarlo a fare il pagamento appena notificato l'abbandono. Egli infatti ha bisogno di un certo tempo per verificare l'esattezza della dichiarazione che gli è fatta, la verità dell'esistenza del sinistro, le sue cause, e l'ammontare della perdita. Giustamente la legge adunque gli concede un termine di due mesi dal fatto abbandono (art. 631). Ma perchè lo scopo della legge fosse stato interamente raggiunto essa avrebbe dovuto far decorrere il termine, non già dalla dichiarazione di abbandono, ma dal giorno in cui l'assicuratore ne riceve i documenti giustificativi. Solo da questo giorno infatti egli è posto in grado di fare le verifiche, in vista delle quali appunto il legislatore gli ha concesso per pagare il termine di due mesi(1). S'intende che questo termine è stabilito dalla legge, solo quando il contratto non provveda diversamente.

---

(1) Così tutte le polizze. Polizza italiana sopra merci, art. 27; e sopra piroscafi, art. 25. Polizza francese su merci, art. 25; e su corpo, art. 14. Così pure la maggior parte dei Codici. Codice gen. germ., del 1871, art. 873; Cod. del 1897, art. 869; Cod. Svedese, art. 268; Cod. spagnolo, l'art. 805; Cod. Chil., art. 1252; Cod. Brasil., art. 830.

Il Codice Olandese invece, art. 680 e il Cod. Portoghese, art. 1806 seguono il sistema italiano. Il Codice Russo, art. 563, fa decorrere il termine pel pagamento dal giorno in cui l'assicuratore ha avuto l'avviso del sinistro. Nel Codice germanico è notevole che non è fissato alcun termine pel pagamento, ma è detto solo che questo non può essere preteso che dopo la comunicazione dei documenti (art. 873, n. 1). V. Lewis, *Das deutsche Seerecht,* vol. II, pag, 459; Aschenheim, *Der Abandon des Versicherten*, pag. 49. Quanto alla durata del termine assegnato per il pagamento, essa varia secondo le diverse legislazioni: è di tre mesi nel *Code de commerce* (art. 382); ugualmente di tre mesi nella legge belga (art. 213) e nel Cod. portoghese (art. 1806); di sessanta giorni nel Codice spagnolo (articolo 805): di sei settimane nel Codice olandese (art. 680).

Entro i due mesi l'assicurato deve provare il sinistro che dà luogo all'abbandono (art. 631, n. 4).

8. — In nessun modo l'assicuratore può sottrarsi al pagamento. Anche quando egli abbia chiesto, ed ottenuto, l'ammissione alla prova contraria (art. 627, n. 2), il giudice può condannarlo in via provvisoria, purchè l'assicurato dia cauzione (art. 627, n. 3). È in facoltà del giudice di pronunziare o no la condanna. La legge dice infatti: « L'ammissione alla prova di tali fatti non sospende la condanna dell'assicuratore a pagare intanto la somma assicurata, purchè l'assicurato dia cauzione ». Il che suppone evidentemente che una condanna vi sia stata, ma non implica affatto che la condanna sia obbligatoria pel magistrato. È questa la dottrina tradizionale affermata concordemente da tutti gli scrittori, a cominciare da Valin (1).

Pronunziata la sentenza di condanna provvisoria, affinchè l'assicuratore sia effettivamente obbligato al pagamento, essa deve divenire definitiva. L'appello quindi dell'assicuratore condannato ne sospenderebbe l'esecuzione. Nè il giudice, nel pronunziarla, può munirla di clausola esecutiva, perchè il caso in vista del quale l'art. 627 ha concesso la facoltà della condanna provvisoria, non è di quelli tassativamente indicati dall'art. 363 Cod. di proc. civile (2).

La condanna provvisoria non produce effetto, se l'assicurato non presta cauzione. Il Vivante dicendo che « *il giudice potrà imporre all'assicurato di dare una cauzione a garanzia dell'assicurotore* » sembra credere che il magistrato, possa in qualche caso, dispensare l'assicurato da un tale obbligo (3). Que-

---

(1) V. Bédarride, IV, n. 1557, pag. 464 e segg.; Valroger, IV, n. 1881; Desjardins, VII, n. 1595, pag. 341; Corte di Douai, 1° febbraio 1841, *Journal du Palais*, 1841, vol. II, pag 385; Cass. di Firenze 11 novembre 1868, *Giurispr. ital.*, 1868, vol. I, pag. 533; App. Genova 4 dicembre 1885, *Eco di Giurispr.*, 1886, pag. 17.

(2) Valroger, vol. IV. n. 1885; Desjardins, vol. VII, n. 1595, pag. 340.

(3) Vivante, op. cit., n. 448, pag. 518.

sta conseguenza però non ci sembra possa accogliersi. La legge dice chiaramente che l'ammissione alla prova non sospende la condanna, *purchè l'assicurato dia cauzione*. Se dunque l'assicurato non dà cauzione, la condanna non ha effetto. Per conseguenza non è esatto neppure quanto afferma il Desjardins, che il giudice non può pronunziare la condanna senza obbligare l'assicurato a dar cauzione (1). La condanna può essere benissimo pura e semplice, soltanto non produce effetto se la cauzione non è pagata. Certo, nella maggior parte dei casi sarà stabilita con unica sentenza la condanna provvisoria e l'ammontare della cauzione; ma nulla vieta che questa possa essere determinata con un giudicato separato e successivo.

La cauzione è liberata se dopo quattro anni non vi fu domanda giudiziale da parte dell'assicuratore (art. 627, n. 4). Ciò è naturale, perchè un silenzio così prolungato non può interpretarsi che come una rinuncia a dare la prova contraria. Ad ogni modo il termine di 4 anni è troppo lungo, e lascia per troppo tempo incerti i rapporti tra assicurato e assicuratore: il nostro legislatore avrebbe fatto bene di ridurlo, seguendo l'esempio del progetto francese del 1867.

Si capisce che, anche trascorso il termine, l'assicuratore può sempre ripetere l'indebitamente pagato, finchè non è intervenuta anche la prescrizione di questo diritto (2).

9. — In qual caso, e da qual momento deve l'assicuratore pagare gli interessi sulla somma assicurata? Solo nel caso in cui abbia fatto trascorrere i due mesi fissati dall'art. 631 senza operare il pagamento: e gli interessi decorrono appunto dalla scadenza dei due mesi. Alcuni hanno voluto sostenere che essi debbano farsi decorrere dal giorno dell'abbandono (3): altri

---

(1) Desjardins, vol. VII, n. 1595, pag. 341.

(2) Vivante, op. cit., n. 448, pag. 519.

(3) Corte di Marsiglia 27 agosto 1840, *Rec de Marseille*, XX, I, 187; Corte di Marsiglia 13 dicembre 1875, *Rec. de Marseille*, 1876, I, pag. 262.

dal giorno della prova del sinistro data dall'assicurato (1): altri ancora dal giorno della domanda giudiziale (2). Non possiamo aderire a nessuna di queste opinioni. Gli interessi di cui si tratta non possono essere che interessi moratorî: ora l'assicuratore è costituito in mora non già al momento dell'abbandono, giacchè il legislatore gli concede ancora due mesi di tempo per pagare, nè al momento della prova del sinistro, poichè questa deve avvenire entro il termine dei due mesi (art. 631, n. 4), e neppure infine al giorno della domanda, giacchè qui si tratta di un'obbligazione in cui il termine è stabilito dalla legge o dal contratto, e per cui quindi vale la massima: *dies interpellat pro homine* (art. 1223, n. 1 Cod. civ.). La mora comincia alla scadenza del termine ed è da questo appunto che si devono far decorrere gli interessi (art. 1231 Cod. civ.).

Se entro i due mesi l'assicurato non prova il sinistro, allora, ma allora soltanto, gli interessi cominceranno a decorrere dal giorno in cui la prova fu data (3).

10. — Salvo patto speciale, il pagamento deve essere fatto al domicilio dell'assicurato (art. 1249 Cod. civ.), e nella moneta legale del luogo del pagamento. Se la somma assicurata è indicata in moneta estera, bisogna distinguere: l'indicazione può essere pura e semplice ed allora l'assicuratore ha facoltà di pagare colla valuta legale del luogo del pagamento. Quando invece nel contratto alla indicazione della moneta è aggiunta la clausola *effettivo* o altra equivalente la quale dimostri nelle parti l'intenzione che il debito dell'assicuratore sia di specie monetaria, e non semplicemente pecuniario, l'assicuratore è tenuto a pagare la specie di moneta indicata dal contratto.

---

(1) Corte di Aix 3 agosto 1830, *Rec. de Marseille*, XIII, I, 161.

(2) DESJARDINS, op. cit. VII, n. 1596, pag. 342.

(3) Corte di Nantes 3 gennaio 1864, *Rec. de Nantes*, 1864, I, 5. — Non è neppure il caso di applicare l'art. 41 cod. di comm., perchè non si tratta di debito liquido ed *esigibile*, cominciando esso ad essere esigibile solo allo scadere del termine.

(Art. 39) (1). Nel primo caso, per fare il ragguaglio della moneta estera in moneta nazionale, ove le parti nulla abbiano disposto, si calcola quante monete nazionali occorrono perchè il loro importo corrisponda al valore di cambio delle monete estere al tempo della sottoscrizione della polizza. (Art. 613, Cod. di comm.).

L'indennità deve essere pagata all'assicurato, o al suo cessionario, se la polizza è nominativa : al portatore, se è al portatore, e all'ultimo giratario, se è all'ordine (2).

---

(1) Cfr. Bolaffio, *Alcune note sui debiti monetari* nella *Giurisprudenza italiana*, anno 1893, IV, 98 e 99.

(2) Desjardins, op. cit., VII, n. 1597, pag. 343.

LA COMPRA-VENDITA DI MERCI VIAGGIANTI
CON TRASFERIMENTO DELLA POLIZZA DI CARICO *

---

* *Diritto commerciale*, 1898.

I.

L'art. 62 cod. comm. stabilisce che « la compravendita di merci che si trovano in viaggio, con designazione della nave che le trasporta o deve trasportarle, è subordinata alla condizione del salvo arrivo della nave designata ». E l'art. 66 aggiunge che « le avarie occorse durante il viaggio risolvono il contratto, se le merci sono talmente deteriorate da non potere più servire all'uso cui sono destinate. In ogni altro caso, il compratore deve ricevere le merci nello stato in cui si trovano al loro arrivo mediante adeguata diminuzione del prezzo ».

Queste due disposizioni legislative furono vivamente censurate come inesatte da un chiarissimo scrittore (1), il quale, per conciliare la pratica mercantile con il testo della legge, ne propose una interpretazione restrittiva, che venne poi generalmente accolta nella dottrina (2).

Il Lebano notò come in una forma di compra vendita frequentemente usata nel commercio, non fosse possibile, per la natura stessa delle cose, applicare rigorosamente le disposizioni degli articoli citati, e convenisse piuttosto cercare, nella tradizione mercantile e nei precedenti dottrinali e giurisprudenziali, i motivi che decisero il legislatore ad inserire quelle disposizioni nel codice di commercio, per vedere, se, per av-

---

(1) Lebano, *Note esplicative intorno agli art. 62, 66 e 69 cod. comm.;* nel *Filangieri*, 1885, I, pag. 326 e segg.

(2) Vidari, *Corso di diritto commerciale*, III, n. 2327; Tartufari, *Della vendita*, nel *Commentario* di Verona, n. 122.

ventura, nella parola della legge vi fosse più che non nello spirito di essa.

Il chiaro giureconsulto comincia col rilevare, esattamente, che nella pratica mercantile, sono frequenti le vendite fatte con la cessione della polizza di carico, e che tali vendite, riguardando merci *in viaggio* e contenendo inoltre *l'indicazione della nave che le trasporta*, sono comprese anche nelle ipotesi degli art. 62 e 66. Per conseguenza, rispetto a tali specie di vendite, bisognerebbe, applicando gli art. 62 e 66, dire: *a*) che esse sono sottoposte alla condizione del salvo arrivo; *b*) che, nel caso in cui arrivino deteriorate, si deve far luogo, secondo la maggiore o minore gravità della deteriorazione, alla risoluzione del contratto, o ad una diminuzione del prezzo.

Ora al Lebano tali conseguenze sembrano assolutamente ripugnanti alla natura stessa di quella specie di vendita che si opera col trasferimento della polizza di carico. Infatti — dice egli — la vendita che si fa contro cessione della polizza di carico producendo trasferimento della merce, questa resta a rischio del compratore, che ne diventa definitivo proprietario, tanto da impedire la rivendicazione dello speditore (art. 804 cod. comm.). Per la natura stessa di questa vendita adunque il trapasso di proprietà avviene immediatamente, onde non si può parlare della condizione sospensiva di cui all'art. 62, e i rischi passano a carico del compratore, per cui neppure si può parlare della condizione risolutiva e dell'*actio quanti minoris* dell'art. 66.

Ad eliminare la patente contraddizione fra il disposto testuale degli art. 62 e 66 e i principî regolanti la compra-vendita di merci con trasferimento della polizza di carico, il Lebano propone una interpretazione restrittiva dei due articoli citati. Egli comincia col ricordare che la pratica commerciale, in Francia ed in Italia, conosceva due specie di compravendita di merci viaggianti. Nella prima specie di vendite, che erano dette vendite *condizionali*, il venditore non assumeva la eventualità dell'arrivo; queste vendite erano condizionali per patto perchè il venditore ne prometteva l'esecuzione,

se fossero pervenute le merci delle quali erasi a lui annunziata la spedizione. La seconda specie di vendite erano dette vendite *a fermo*, perchè in esse il venditore restava in ogni modo impegnato. Ora il legislatore, volendo disciplinare la prima specie di vendite, qualificò erroneamente come condizionali tutte le vendite di merci viaggianti, nelle quali è indicata la nave, ritenendo come sottintesa l'espressione di doversi fare la consegna al *salvo arrivo*, mentre era questa la formula del patto che dava il carattere condizionale alla vendita, e non già il solo fatto di essere la merce viaggiante (1). Per avvicinare quindi il più possibile il testo legislativo ai motivi che mossero il legislatore a formularlo, conviene interpretare gli art. 62 e 66 nel senso che la condizione sospensiva (art. 62) e la condizione risolutiva o l'*actio quanti minoris* (art. 66), sono riferibili esclusivamente a quelle vendite, nelle quali si promettono merci da venire, e nelle quali l'obbligo della tradizione apparisce di essere rimandato all'arrivo, e a quelle nelle quali la tradizione si effettua al momento della perfezione del contratto, come quelle che si effettuano colla cessione della polizza.

II.

Ho cercato di riassumere, come per me meglio si poteva, le acute osservazioni del Lebano. Ora a me pare che la contraddizione che egli rileva, e che si studia di eliminare con la interpretazione restrittiva dei citati articoli, non esista in modo assoluto, e si può in altro modo togliere, senza far violenza alle espicite disposizioni della legge.

Esaminiamo anzitutto la questione rispetto alla disposizione dell'art. 62, e vediamo se sia vero che la compra-vendita con trasferimento della polizza di carico non possa, in alcun modo, qualificarsi una compra-vendita sotto la condizione sospensiva del salvo arrivo, come sancisce l'articolo citato.

---

(1) Lebano, *Note*, ecc., pag. 326.

Il punto su cui credo che a questo scopo debba essere portata l'attenzione riguarda la natura giuridica e gli effetti della compra-vendita con trasferimento della polizza di carico.

La polizza di carico, assieme alla lettera di vettura, alla fede di deposito, alla nota di pegno, costituisce quella categoria di titoli, che i tedeschi chiamano *Traditionspapiere*, *Waarenpapiere*. Tutti questi titoli sono esattamente definiti dal Vivante come *dichiarazioni che vengono rilasciate da chi riceve le merci altrui per trasportarle o per custodirle* (1). A prescindere dalla questione se questi titoli di tradizione siano o non titoli di credito, certo è che l'obbligazione letterale in essi contenuta è appunto quella di consegnare le merci a chi si presenta come ultimo possessore del titolo secondo la legge di circolazione del medesimo. Essi quindi sono titoli che dànno diritto alla consegna di cose determinate (2): il diritto letterale incorporato nel titolo di tradizione è il diritto alla consegna della merce. Per conseguenza, colui a cui il titolo è trasferito non può acquistare che il diritto in esso menzionato, vale a dire, il diritto alla riconsegna della merce. Il titolo di disposizione perciò *rappresenta* la merce, ma non costituisce il titolo *di proprietà* della merce.

Mi sia permessa a questo proposito una breve digressione, che è però necessaria per spiegare alcuni concetti sul diritto che attribuisce il trasferimento di un titolo di tal sorta, e sulla differenza tra questo e il diritto attribuito dalla compra-vendita della merce. Dicendo che nei titoli di tradizione, il titolo *rappresenta* la merce, bisogna intendersi bene sul significato di questa formula. Il che è tanto più necessario, in quanto nulla vi è di più pernicioso alla esattezza dei concetti giuridici, e nulla può dar maggiormente luogo all'equivoco che queste espressioni metaforiche, le quali possono bensì essere utili in alcuni casi, ma vanno intese con discrezione e devono essere precisate nella loro vera portata. Vediamo: Il titolo

(1) VIVANTE, *Trattato*, II, n. 784.
(2) VIVANTE, *Trattato*, II, n. 831 *b*.

di disposizione *rappresenta*, è vero, la merce, ma non si identifica, e non si può identificare con la merce. Infatti: il diritto letterale in esso contenuto, già lo dissi, è il diritto *alla riconsegna delle merci*. Il diritto alla disponibilità delle merci sia pure (come crede il Bolaffio) (1) la funzione *prevalente* di questa specie di titoli, non è che una semplice conseguenza del primo. Quindi, l'unica cosa che il titolo rappresenta è in realtà non la merce, ma il diritto alla riconsegna della merce. Il fatto poi che basta il semplice possesso del titolo per attribuire il diritto che il titolo porta con sè, e che non è a distinguere tra proprietà materiale e proprietà formale (possesso) del diritto (2), dimostra molto bene che la espressione: il *titolo rappresenta la merce*, deve intendersi con grande discrezione. In breve, il titolo non dà diritto che al possesso, alla disponibilità della merce; essere il possessore del titolo non vuol dire essere proprietario della merce, alla cui riconsegna il titolo dà diritto, ma averne la disponibilità. Per la lettera di vettura, il legislatore lo dice esplicitamente (articolo 397 n. 2): «Se la lettera di vettura è all'ordine o al portatore, la girata o la consegna dell'esemplare sottoscritto dal vettore trasferisce *la disponibilità* delle cose trasportate» (3).

Concludendo, un'analisi accurata deve distinguere: *a*) il titolo; *b*) il diritto alla riconsegna delle merci incorporato nel titolo; *c*) le merci. Donde i seguenti corollari:

A) Si può dare proprietà materiale e proprietà formale (possesso) del titolo.

B) Il diritto alla riconsegna è inerente alla semplice proprietà formale (possesso): il trasferimento del titolo, fatto nelle

---

(1) BOLAFFIO, *Dei titoli all'ordine e al portatore a proposito di una recente pubblicazione, Arch. giur.*, LVII (1896), pag. 280.

(2) BONELLI, *Contributo ad una teoria scientifica dei titoli di credito*. Estratto dalla *Giurispr. ital.*, Torino, 1897, pag. 53.

(3) Erra pertanto l'art. 465 cod. comm., giustamente censurato da VIVANTE, II, n. 794, quando dice che la girata della fede di deposito e della nota di pegno produce il trasferimento della *proprietà* delle cose caricate.

forme proprie della sua circolazione, basta per attribuire quindi il diritto alla riconsegna.

C) Il diritto alla riconsegna è affatto indipendente dalla proprietà delle merci.

Per conseguenza, bisogna distinguere: la polizza di carico è il titolo in cui è incorporato il diritto alla riconsegna delle cose caricate: trasferire a qualunque titolo la polizza non vuol dire affatto trasferire la proprietà delle cose caricate, ma solo trasferire il diritto alla riconsegna di esse (1).

Ora, tutto il ragionamento del Lebano si basa appunto sul falso supposto che trasferendo la polizza si trasferisca la proprietà delle merci. Se così fosse sarebbe veramente impossibile immaginare nel caso di vendita con trasferimento della polizza una vendita sotto condizione sospensiva. Il trasferimento operando *illico et immediate* il trapasso di proprietà, non si potrebbe concepire contemporaneamente una condizione che facesse dipendere da un altro avvenimento questo medesimo trapasso. Ma trasferimento della polizza e vendita della merce essendo cose affatto distinte, noi possiamo benissimo immaginare un trasferimento che faccia trapassare immediatamente il diritto alla disponibilità della cosa, accanto ad una vendita che faccia dipendere da una condizione il trapasso della proprietà di essa. La compra-vendita ha infatti per oggetto il trapasso della *proprietà* della merce, mentre il trasferimento della polizza ha per oggetto solo il trapasso della *disponibilità* di essa. Questi due negozi giuridici (compra-vendita e trasferimento della polizza) avvengono simultaneamente in molti casi, ma ciò non vuol dire che l'uno importi di necessità l'altro. E come può darsi benissimo che io venda la merce che mi deve arrivare, ritenendomi la polizza fino al pagamento del prezzo, così può darsi egualmente bene

(1) Esattamente quindi il Bolaffio, *Arch. giur.*, LVII, pag. 282, dice: « Ciò che si incorpora in un titolo di tradizione è la disponibilità attuale: ciò che si trasferisce con la girata o con la tradizione è il diritto a questa disponibilità ».

che io trasferisca la polizza senza avere affatto l'intenzione di trasferire la proprietà (per esempio al mio rappresentante perchè ritiri la merce per mio conto). È inesatto quindi parlare di compra-vendita *mediante* trasferimento della polizza: dovrà dirsi invece, quando ne è il caso, compra-vendita *con* trasferimento, *accompagnata da* trasferimento, perchè il trasferimento, è un semplice fatto concomitante e non il mezzo con cui la compra-vendita si opera (1).

Posto ciò, quando vi è compra-vendita di merci in viaggio accompagnata da trasferimento della polizza, dovrà applicarsi egualmente l'art. 62, ritenendo che la compra-vendita si intende sottoposta alla condizione del salvo arrivo. In tal caso perciò il trapasso di proprietà non avviene che verificatasi la condizione, mentre il trapasso del diritto alla disponibilità si opera immediatamente.

III.

Per quel che riguarda invece l'ipotesi fatta nell'art. 66, mi sembra che l'illustre Lebano parta anche da un altro falso supposto. Applicando la teoria che credo di aver dimostrato inesatta, per la quale il trasferimento della polizza trasmetterebbe esso solo e definitivamente la proprietà della merce, sembra al Lebano contraddittorio che il contratto debba essere risolto quando nel viaggio avvengano avarie gravi, e debba farsi luogo a diminuzione di prezzo, quando le avarie siano leggere. Infatti, avvenuto il trapasso della proprietà, i rischi dovrebbero passare dal venditore nel compratore, onde

(1) A rigore, può darsi quindi vendita della polizza, senza vendita delle merci. Si capisce però che, essendo il semplice possesso del titolo, nelle forme della sua circolazione, sufficiente ad attribuire il diritto alla riconsegna, l'indagine sul titolo del possesso diventa affatto irrilevante. Una proprietà del titolo separata dal possesso non ha alcun valore pratico, almeno rispetto all'emittente del titolo (Cf. da ultimo BRUSCHETTINI, *Trattato dei titoli al portatore,* Torino, 1897, n. 532). Quindi l'unico punto importante è quello di vedere se il titolo è trasferito nelle forme proprie della sua circolazione, senza preoccuparsi del titolo (causa) a cui questo trasferimento è legato.

l'inconseguenza di farli gravare invece sul venditore colla risoluzione del contratto e colla diminuzione del prezzo.

Come è facile scorgere, in questo ragionamento, oltre alla errata premessa circa la forza traslativa della polizza, fa capolino anche un concetto che la critica moderna ha dimostrato poco esatto. È questo il principio che il rischio segue la proprietà; *res perit domino:* principio che il diritto romano non ha mai conosciuto e che deve ritenersi estraneo anche al diritto moderno (1).

Ora, posto che il trasferimento della polizza non produce, di per sè stesso, trasferimento di proprietà, posto che, se anche (il che non è) tale trasferimento producesse, il fatto della proprietà nel compratore non avrebbe nessuna influenza sul trasferimento in lui dei rischi della cosa venduta, ne consegue che la disciplina giuridica del rischio nella compra-vendita di merci in viaggio non deve ricevere alcuna modificazione per il fatto che tale compra vendita è accompagnata dal trasferimento della polizza.

Il Tartufari cerca di stabilire un altro nesso tra il trasferimento della polizza e il passaggio dei rischi nel compratore. Egli dice che nel caso di compra-vendita accompagnata da trasferimento della polizza di carico «... poichè la polizza di carico rappresenta le merci in essa indicate, e poichè il suo trasferimento equivale a consegna delle merci stesse, il contratto *per ciò che riguarda il venditore*, si deve considerare adempiuto, il che importa che i rischi non possano quind'innanzi essere più a suo carico, ma debbano esclusivamente gravare sul compratore» (2).

Questa teoria della *parziale esecuzione del contratto* non prova l'influenza del trasferimento della polizza nè sulla compra-vendita sotto la condizione sospensiva del salvo arrivo (art. 62), nè sull'annullamento del contratto o diminuzione del prezzo nel caso di deterioramento delle merci (art. 66). —

(1) Confronta, tra l'altro, TARTUFARI, *Della vendita*, n. 95.

(2) TARTUFARI, n. 122.

Non sulla prima perchè è vero che la consegna o tradizione della cosa costituisce una delle obbligazioni a cui è tenuto il venditore, ma sarebbe troppo il volere dedurre dalla esistenza del fatto della consegna la perfezione del contratto. Infatti, l'effetto della consegna o della tradizione può esser dovuto anche ad altre cause che al contratto di compra-vendita. Si tratta invece in questo caso non di una esecuzione immediata del contratto, ma di un patto addizionale alla compra-vendita, per cui il venditore trasferisce immediatamente il diritto alla disponibilità della merce. — Meno ancora il fatto della parziale esecuzione può valere ad annullare la condizione risolutiva stabilita dalla legge in caso di avarie gravi, ed a sopprimere l'*actio quanti minoris* in caso di deterioramenti più leggieri. Infatti, malgrado l'esistenza di questa azione per diminuzione di prezzo, non è dubbio che il contratto è perfetto e produttivo dei suoi effetti fin dal momento in cui si è convenuto sulla cosa e sul prezzo: onde ben si comprende come esso possa essere eseguito immediatamente (per parte del venditore) mediante la consegna del titolo che rappresenta la cosa venduta. Quanto poi all'azione di rescissione, il contratto essendo sì condizionato, ma sottoposto a condizione risolutiva, finchè il patto, da cui si fa dipendere l'annullamento, non sia avvenuto, il contratto è pienamente valido, e produce immediatamente i suoi effetti, tra cui nessuna meraviglia sia compresa anche una parziale esecuzione di esso.

IV.

Non mi pare poi che l'art. 804 concernente la rivendicazione delle merci vendute al fallito sia decisivo nel senso voluto dai miei contraddittori. Ecco quello che esso dispone:

« Le merci spedite al fallito, delle quali non sia da lui pagato il prezzo, possono essere rivendicate, se nel giorno della dichiarazione del fallimento non siano giunte nei suoi magazzini o non siano state ricevute a sua disposizione in magazzini pubblici o in altro luogo di deposito o di custodia,

ovvero nei magazzini o luoghi di deposito o di custodia del commissionario incaricato di venderle per conto di lui.

« La rivendicazione non è ammessa se le merci, prima del loro arrivo, sono state vendute, senza frode, mediante girata della fattura, della polizza di carico, o della lettera di vettura, o mediante consegna di tali titoli se sono al portatore . . . ».

Questa disposizione di legge non può dirsi al certo esatta, e tale da dissipare gli equivoci. Essa parla di vendita *mediante girata o consegna*, mentre doveva dire: vendita *accompagnata* da girata o consegna. Ma non mi pare che da essa si possa desumere il passaggio di proprietà per mezzo del trasferimento del titolo di disposizione. Infatti tanto nella prima che nella seconda parte dell'articolo si parla di vendita, e di vendita già perfetta. In ambedue i casi il passaggio di proprietà si è verificato perchè si è convenuto sulla cosa e sul prezzo, e non manca che il compimento della tradizione, non necessaria, secondo il nostro diritto, alla perfezione del contratto. Solo il legislatore ha voluto nella prima parte dell'articolo fare un'eccezione al principio che il passaggio di proprietà si opera fra le parti subito dopo convenuto sulla cosa e sul prezzo; e ciò nel caso in cui la merce non sia venuta ancora in possesso del fallito. Di qui la naturale conseguenza che, quando il fallito abbia avuto a sua disposizione le merci, sia materialmente, sia col possesso, nelle forme proprie della sua circolazione, del titolo che le rappresenta, la regola stabilita nel n. 1 dell'art. 804 debba venir meno. Il che sancisce appunto la seconda parte dell'articolo stesso. È questa la portata del n. 2 dell'art. 804, il quale ha fatto una applicazione, e non già stabilito una eccezione, della regola posta nella prima parte dell'articolo, e meno ancora l'ha stabilita perchè ritenga che il trasferimento della polizza operi per suo conto, ed indipendentemente dalla vendita, il trasferimento della proprietà delle merci.

V.

Concludendo, mi pare che la vendita di merci viaggianti su nave designata, per essere accompagnata da trasferimento

della polizza di carico, non cessi di essere sottoposta alla condizione sospensiva dell'art. 62, nè a quella risolutiva dell'articolo 66 n. 1, nè cessi di aver forza, riguardo ad essa, l'azione in diminuzione del prezzo, nel caso dell'art. 66 n. 2. Cade quindi anche la ingegnosa, ma poco rigorosa interpretazione dei due articoli di legge data dal Lebano, bastando, per far sparire ogni antinomia, un esame un po' accurato della natura e degli effetti del trasferimento di un titolo di disposizione in genere, e della polizza di carico in ispecie.

VI.

SCRITTI VARI

IL PROGETTO NITTI PER IL MONOPOLIO DELL'ASSICURAZIONE SULLA VITA *

* *Riv. di dir. comm.*, 1911.

Il disegno di legge (1) sull' esercizio delle assicurazioni sulla vita da parte di un Istituto di Stato in regime di monopolio ha dato luogo ad una discussione anche nella stampa politica, che può dirsi davvero esauriente. I difetti e i pregi del disegno sono stati messi in luce in modo che non molto di nuovo rimane ora veramente da dire; ma è forse venuto il momento di mettere un po' d'ordine nella congerie di fatti e di argomenti esposti dai difensori e dai critici del progetto, questi ultimi in verità assai più numerosi dei primi, e di porre in luce principalmente il lato giuridico del problema, così come risulta dalla struttura del disegno di legge.

L'esame della proposta Nitti può esser fatto da un triplice punto di vista.

Si può discutere anzitutto la bontà del principio fondamentale che la informa: e quindi il concetto stesso del monopolio delle assicurazioni sulla vita. Si può discutere poi sulla forma di esercizio delle assicurazioni in regime di monopolio: ed esaminare se sia più oppurtuno, assolutamente e relativamente, l'esercizio di Stato o l'esercizio privato del monopolio, e quale giudizio debba portarsi sulla forma intermedia congegnata dal ministro on. Nitti.

Si può infine discutere sui provvedimenti transitori rego-

---

(1) Viene riportato a pag. 378.

lanti il passaggio dal regime di libertà al regime di monopolio, nel disegno di legge sottoposto all'esame del Parlamento.

Sono questi tre problemi distinti, che hanno, certo, qualche connessione fra di loro, ma che non bisogna confondere come si è fatto, qualche volta, da critici troppo interessati.

Sul principio del monopolio, in sè, io non avrei molto da obiettare. Il meccanismo delle imprese di assicurazione, e anche di quelle di assicurazione sulla vita, è tutto fondato sul fatto che avvenimenti, di cui sia individualmente incerto il verificarsi o la data, soggiacciono a leggi regolari e costanti, quando siano considerati rispetto a una massa notevole di individui, le quali leggi si verificano con tanta maggiore esattezza quanto maggiore è il numero degli individui che vengono presi in considerazione. Ora se l'assicurazione, per ben funzionare, deve operare su masse o grandi numeri, è naturale che essa deve tendere a riunire il più gran numero di assicurati, a conseguire il quale scopo è certo più favorevole un regime di monopolio che un regime di concorrenza: quello tende a riunire, questo a frazionare la clientela. Si badi bene però. Questo effetto benefico può essere ottenuto col monopolio *solo se non si tratti di un monopolio fiscale*, che miri cioè principalmente ad aumentare il gettito dell'imposta dell'assicurazione mediante un aumento di tariffe. Monopoli di tal genere sono possibili e fruttuosi quando si tratti di monopolizzare merci o servizi di assoluta necessità: non quando si tratti di una industria come l'assicurazione, fondata sullo spirito di previdenza e di sacrificio, che bisogna incoraggiare e non deprimere.

Ma anche sotto altri aspetti il monopolio presenta vantaggi, sempre a patto che non si tratti di un monopolio fiscale. La distribuzione delle spese generali su un maggior numero di assicurazioni, ne abbasserebbe il costo, e permetterebbe un minor caricamento dei premi; e d'altro canto l'eliminazione della concorrenza diminuirebbe le spese di produzione e permetterebbe una diminuzione nel numero e nella retribuzione degli agenti.

Nè mi sembra che le obbiezioni mosse al principio del monopolio come tale valgano a modificare questo giudizio favorevole. Lascio andare le critiche determinate dal preconcetto liberista, che, di fronte allo sviluppo dello Stato moderno, non può avere gran valore per chi intende studiare i fatti economici nella loro realtà concreta, e non nelle aspirazioni teoriche dei pensatori. Ma anche le obbiezioni desunte dal pericolo che l'industria, oggi in buona parte internazionale, venendo col monopolio nazionalizzata possa non offrir più agli assicurati una garanzia di sicurezza indipendente dalle vicende dello Stato, hanno un valore più teorico che pratico. Da un canto la totale rovina economica di un'intiera nazione e il fallimento dello Stato sono avvenimenti ben difficili a verificarsi nello stadio odierno dell'evoluzione sociale; dall'altro la connessione fra la vita economica e politica dei vari paesi è tale che una catastrofe di tal genere non potrebbe prodursi, nè rimanere nei suoi effetti isolata; ma avrebbe in sè e nelle sue conseguenze una portata internazionale.

Ben più seria e complessa diventa la questione se la si consideri dal punto di vista della organizzazione del monopolio. Anche qui nessun preconcetto contro l'esercizio di Stato. Io credo che gli insuccessi delle industrie di Stato siano dovuti non tanto a radicale inettitudine dello Stato alla produzione economica, quanto alla impreparazione con cui lo Stato si è voluto, talune volte, improvvisare industriale. L'esempio dell'industria dei tabacchi, esercitata appunto dallo Stato in regime di monopolio, è in questo senso istruttiva: oggi l'azienda statale dei tabacchi è una organizzazione industriale ammirevole, i cui prodotti si esportano all'estero, e sono apprezzati dagli stranieri, mentre gli italiani fuori del Regno non sanno più farne a meno, è una organizzazione estremamente economica, che produce molto e costa relativamente pochissimo. Orbene, per giungere a questo risultato magnifico ci sono voluti decenni di preparazione, di errori e di insuccessi, e tutti ricordano che fino a pochi anni fa si parlava del monopolio dei tabacchi come di un pessimo produttore, di un av-

velenatore del pubblico. In sostanza, e per tornare alle assicurazioni, io non ho difficoltà ad ammettere che lo Stato possa in seguito assumerne anche l'esercizio diretto. Ma, certo, è facile affermare che esso non è oggi preparato ad organizzare un'impresa di questo genere. L'organizzazione di una grande impresa di assicurazioni non si improvvisa in pochi giorni e neppure in pochi mesi: occorrono anni di sforzi e di studi, durante i quali l'impresa è destinata inesorabilmente a perdere. Perchè, si deve notarlo, l'industria delle assicurazioni sulla vita non è quell'industria facile, semplice, poco dispendiosa che si è voluto affermare. Vi sono invece, nell'assicurazione, alcuni compiti molto difficili e che non si assolvono senza solida preparazione, grande sforzo e molta accortezza: la compilazione delle tariffe, che richiede abilità tecnica, grande esperienza e perfetta conoscenza dei bisogni e dei gusti del pubblico; la ricerca dei clienti, un compito facile in qualunque altra industria e difficilissimo nelle assicurazioni sulla vita, che non offre al pubblico un genere di prima necessità, ma il soddisfacimento di un bisogno che pochi sentono e che si deve stimolare con pazienza infinita; la selezione dei rischi, impresa difficile oggidì anche per le società private; la conservazione dei clienti, la cui necessità sopravvive anche alla conclusione dei contratti, giacchè il pagamento dei premi è facoltativo, e la continuazione di un contratto, specie nei primi anni, richiede quasi altrettanti sforzi come la conclusione di uno nuovo; e infine l'impiego dei capitali raccolti, che deve conciliare due scopi assai differenti: da un lato il conseguimento di un saggio di interesse abbastanza alto da compensare l'assicuratore dell'interesse corrisposto agli assicurati, delle spese di ogni genere gravosissime e da permettergli un ragionevole guadagno; e dall'altro un collocamento del tutto sicuro e abbastanza liquido, in modo di dargli la sicurezza di poter far fronte ai suoi impegni; sotto questo punto di vista l'impresa di assicurazione ha una funzione analoga a quella di una banca di depositi: prende a prestito denaro a un certo interesse e lo colloca a un interesse più ele-

vato, basandosi sulla differenza delle spese e dei profitti, ma una funzione che offre difficoltà particolarmente gravi, perchè il saggio degli interessi passivi è generalmente più alto che quello delle ordinarie banche di depositi (in media le tariffe sono calcolate sulla base del 3 ½ %); perchè le operazioni attive debbono farsi in modo da rendere un interesse correlativamente più alto, mentre debbono essere più sicure e soprattutto tali da rendere per lunghissimo tempo l'interesse necessario. Ora è evidente che gli uomini e l'organismo economico capaci di vincere tutte queste difficoltà non si improvvisano. La soluzione più semplice e più sicura dell'esercizio del monopolio sarebbe dunque proprio quella di adoperare le organizzazioni esistenti concedendo ad una impresa o a più imprese di assicurazione consorziate l'esercizio delle assicurazioni in regime di monopolio, con una congrua cointeressenza dello Stato, stabilita in una somma proporzionata agli utili o, meglio ancora, in un canone fisso. Questo regime di esercizio privato, prolungato per qualche decennio, concilierebbe tutte le esigenze, eliminerebbe tutti i pericoli e preparerebbe ottimamente, senza scosse e senza spese, l'esercizio diretto delle assicurazioni da parte dello Stato.

Quale è invece la soluzione del disegno di legge ministeriale? È una soluzione eclettica. Non esercizio di Stato, ma neppure esercizio privato. Si costituisce un Istituto autonomo, avente personalità giuridica propria, a cui si concede di esercitare per conto dello Stato le assicurazioni sulla vita in regime di monopolio. Un istituto che sorge con un patrimonio, ma con un patrimonio molto *sui generis*, costituito dal diritto di esercitare le assicurazioni sulla vita monopolisticamente, e dal diritto di ottenere dal Tesoro un prestito fino alla concorrenza di cinque milioni: un istituto amministrato in buona parte da funzionari dello Stato, ma la cui organizzazione interna imita quella delle società anonime. Se dunque vogliamo tradurre in una formula giuridica questa concezione del disegno di legge, dovremo dire che non si tratta di una amministrazione dello Stato, sia pure organizzata in modo auto-

nomo; ma di una persona giuridica distinta dallo Stato, a cui lo Stato delega una sua funzione. L'autonomia non è dunque solo amministrativa, ma anche giuridica: il che significa: lo Stato si appropria bensì dei risultati utili dell'azienda, ma non assume responsabilità per gli atti di un ente, la cui personalità giuridica è distinta da quella dello Stato. Con questa organizzazione si è voluto conseguire un duplice scopo: creare un organismo più semplice e più sciolto di quello che non possa essere una amministrazione dello Stato; e liberare lo Stato dalle troppo gravose responsabilità a cui andrà incontro il monopolio. Ma se il primo scopo è lodevole, il secondo è indice della poca fiducia con cui lo Stato stesso dà inizio a questa impresa e produrrà inevitabilmente il discredito dell'azienda anche presso il pubblico. Uno degli argomenti più forti che si fanno valere a favore del monopolio: la maggior garanzia che deriva agli assicurati dall'aver per debitore lo Stato, sfuma, anzi si ritorce in un argomento contrario. È chiaro che nessuno avrà nello sparuto e fin dall'inizio indebitato ente autonomo maggior fiducia di quello che si abbia oggi nelle colossali società anonime esercenti l'assicurazione sulla vita. È concepibilissimo che lo Stato deleghi ad un ente autarchico l'esercizio di una sua funzione, ma ciò a patto che avvenga per il migliore esercizio di essa, non già perchè si tratta di una funzione piena di responsabilità giuridiche, di cui lo Stato si vuole alleviare. Anche, del resto, sulla organizzazione e sul funzionamento dell'ente, quale risulta dal disegno di legge, vi sarebbe molto da ridire. Il consiglio di amministrazione è formato a base di capidivisione nei ministeri; eccellenti e talora valorose persone, ma che hanno passato la loro vita lontano dagli affari, e che gli affari stessi hanno sempre veduto da un angolo visuale, che non è il più adatto al loro sviluppo. I limiti posti all'azione dell'ente circa il collocamento dei capitali raccolti sono eccessivi; è facile prevedere che gli impieghi prescritti nel disegno di legge non saranno sufficienti a dare all'Istituto quel 4,25 o 4,50 per cento, che è indispensabile per mantenere inal-

terate le tariffe, e coprire le spese, con un piccolo margine di guadagno. L'unico impiego un po' fruttuoso consentito all'ente è il prestito ai funzionari pubblici contro cessione del quinto degli stipendi: tutti gli altri impieghi o daranno appena o daranno poco più del 3 $^1/_2$ %, compresi gli investimenti in immobili che sono fruttuosi se fatti in epoca di ribassi, ma cominciano a non diventarlo più se fatti in epoca, come l'attuale, di rialzo straordinario sul valore della proprietà fondiaria urbana. Perchè dunque non consentire altri impieghi ottimi e lucrosi? Tutti sanno che le Compagnie di assicurazione impiegano i loro capitali nei modi più svariati e si spingono fino a far dei riporti. Si potrebbe dunque, senza alcun pericolo, consentire all'Istituto di fare prestiti ipotecari e anticipazioni su pegno di titoli di primo ordine, di investire i suoi capitali oltre che in titoli di Stato o garantiti dallo Stato, anche in azioni ed obbligazioni di società private solide e bene avviate, in titoli di Stato esteri, che non sono meno sicuri dei titoli italiani e garantirebbero l'Istituto contro le crisi interne dello Stato. Il congegno degli impieghi organizzato dal disegno di legge è insufficiente e difettoso tale da condannare l'Istituto a perdite gravi ed inevitabili.

Rimane, ora, sull'organizzazione del monopolio, a dire delle difese che il disegno di legge stabilisce a tutela del principio stesso del monopolio. Sono disposizioni molto criticate, e non ingiustamente. Che si minaccino sanzioni per impedire la concorrenza, è ben naturale: sanzioni di tal genere sono antipatiche, ma necessarie, perchè insite nell'essenza stessa del monopolio. Ma la sanzione non deve eccedere il fine per cui è stabilita, non deve poi sopratutto vincolare in modo odioso la libertà individuale. Finchè il disegno di legge sancisce la nullità dei contratti fatti in frode alla legge, sta bene; ma quando esso stabilisce una presunzione di frode, sia pure una presunzione *iuris tantum*, per tutti i contratti di assicurazione stipulati all'estero da cittadini italiani o a favore di cittadini italiani; e non solo colpisce di nullità questi contratti, ma sottopone al carcere e alla multa chi li ha conclusi, pecca di inu-

tile ed ingiusta esagerazione. Giuridicamente queste disposizioni significano non solo l'obbligo, *per chi si assicura in Italia*, di assicurarsi presso l'ente che esercita il monopolio, ma l'obbligo, *per tutti gli italiani*, di assicurarsi presso il monopolio. Ora ciò da un lato eccede il concetto del monopolio, che importa unicamente il diritto di esser l'unico assicuratore *in Italia*, e non anche quello di essere l'unico assicuratore *degli italiani*, e dall'altro costituisce una grave ingiustizia a danno dei cittadini italiani in confronto degli stranieri; perchè il divieto di assicurarsi altrove che presso l'istituto di Stato segue i primi dovunque si rechino, mentre per i secondi è limitato al tempo in cui si trovano in Italia. E praticamente ciò vuol dire che gli stranieri risiedenti in Italia avranno diritto di assicurarsi anche presso le Compagnie estere, purchè prendano la facile precauzione di far figurare i loro contratti come stipulati all'estero, mentre gli italiani dovranno necessariamente esser jugulati dal monopolio. Continua così quel protezionismo legislativo a rovescio per cui ad es.: il divorzio esiste in Italia per gli stranieri e non per gli italiani, e che finirà col persuadere gli italiani che l'unico mezzo per star bene in Italia è quello di farsi cittadini stranieri! E questo trattamento più rigoroso a danno dei cittadini italiani avrebbe anche questo effetto, che l'italiano, che il monopolio non vorrà assicurare, non potrà assicurarsi affatto; paterna precauzione che il legislatore italiano prende a vantaggio delle società estere, perchè non facciano cattivi affari con gli italiani! Sembra che queste enormità del progetto non passeranno nella legge; secondo le modificazioni apportate al progetto della Commissione parlamentare, lo Stato si limita a punire gli agenti che procurano affari alle società estere in Italia; ma allora io temo che si cadrà nel difetto opposto della inefficacia della sanzione, perchè, dopo il monopolio, non ci sarà bisogno di alcuna propaganda per indurre gli italiani ad assicurarsi all'estero. E in ogni modo le società estere sapranno bene escogitare forme di propaganda che non espongano sè ed i loro agenti a sanzioni penali in Italia.

Ma i dubbi più forti e le critiche più giustificate solleva il disegno dell'on. Nitti che riguarda le disposizioni transitorie per il passaggio dal vecchio al nuovo regime.

La via più diritta che qui si apriva era quella del riscatto del portafoglio delle varie società. Era questa una soluzione radicale, che sarebbe valsa a liquidare definitivamente il passato, che avrebbe dato al nuovo Istituto fin dal principio una massa di affari considerevole, che avrebbe tutelato gli interessi degli assicurati, che avrebbe probabilmente, se accompagnato dal pagamento di una giusta indennità, accontentato anche le Compagnie. L'obbiezione mossa contro questa soluzione in nome degli assicurati, costretti a subire un contraente da essi non scelto, non è una obbiezione seria. Aver per contraente lo Stato o un Istituto garantito dallo Stato (come dovrebbe, in ogni caso, essere il nuovo ente che eserciterà le assicurazioni sulla vita) sarebbe certo un buon affare per gli assicurati, quando le condizioni del contratto rimanessero le stesse. Ad ogni modo a questo supposto inconveniente si sarebbe potuto ovviare dando agli assicurati la facoltà di recedere dal contratto, facoltà di cui forse nessuno si sarebbe valso. Ma l'obbiezione più seria, anzi l'obbiezione veramente formidabile contro il riscatto totale del portafogli rimane l'entità della somma necessaria per il riscatto con indennità, e la difficoltà del modo di determinarla. E l'ostacolo veramente è serio, sebbene forse non insuperabile. Col riscatto del portafogli, insieme con gli obblighi verso gli assicurati, dovrebbero passare allo Stato anche i capitali accumulati per farvi fronte, cioè le riserve matematiche e le riserve di sicurezza: costituendo le une e le altre già un corrispettivo dell'obbligo che lo Stato si assumerebbe, tale passaggio dovrebbe avvenire senza ulteriore onere per lo Stato. Le restanti attività delle società, che rappresentano il capitale azionario e le riserve sociali propriamente dette, dovrebbero servire a compensare unicamente gli *utili industriali*, che verrebbero meno, non gli *utili patrimoniali*, che rimarrebbero alle società insieme col loro patrimonio. Ora è noto che gli utili industriali *risultanti*

dai bilanci delle varie società di assicurazione sulla vita operanti in Italia sono poco considerevoli; vi sono infatti molte società che perdono, e quelle che guadagnano non guadadagnano complessivamente più di cinque milioni all'anno. Quanto alle società che perdono, non sarebbe forse giusto di trascurarle completamente. È noto che tutte le società, per un primo periodo che in media è valutato ad un decennio, finchè non hanno acquistato la clientela necessaria per pagare le spese generali e per costituire un nucleo di assicurati sufficienti a far funzionare regolarmente la riserva matematica, sono destinate a perdere; e solo quando abbiano superato questo periodo di crisi, riescono prima a coprire le spese, poi a guadagnare. Ora ci sono società che hanno profuso somme considerevoli, che hanno consumato tutto il capitale o buona parte di esso per creare un organismo capace di dar guadagni, e che sono prossime a ottenere lo scopo: il monopolio ridurrebbe in perdita definitiva ciò che è ora solo anticipazione di capitale. Anche a queste società, che hanno costituito un *avviamento*, un'indennità sarebbe dovuta; qui non è possibile precisare *a priori* quali società si trovano in tali condizioni e qual valore possa oggi avere il loro avviamento; bisognerebbe decidere caso per caso, sentito il giudizio di periti competenti. Ad ogni modo, per cautelare lo Stato da sorprese sgradevoli, potrebbe stabilirsi una cifra massima, entro cui dovrebbero essere contenute le indennità da pagarsi a questo titolo. Non sono in grado di stabilire delle cifre, ma queste osservazioni dimostrano che con un po' di buona volontà, il problema si sarebbe potuto risolvere, senza aggravare lo Stato di quelle fantastiche centinaia di milioni, il cui spettro è stato comodo agitare per non discutere neppure il problema. Si avrebbe avuto così il vantaggio di contare sin dall'inizio un numero di assicurati tale da far funzionare immediatamente l'istituto autonomo, e si sarebbe data una prova salutare per il credito dello Stato, della sua equità nel considerare non solo i diritti, ma anche le aspettative legittime dei privati, cittadini e stranieri.

A questa soluzione si oppone la difficoltà finanziaria. Se si dedicano alcuni milioni all'anno per il pagamento delle indennità, non resteranno più utili netti per il monopolio. Ma questa difficoltà ha il difetto di provar troppo: essa prova non solo che non conviene il riscatto, ma prova che non conviene neppure il monopolio. Perchè se si debbono turbare tanti interessi per un guadagno che non si prevede maggiore di pochi milioni all'anno, è proprio il caso di dire che si fa il monopolio per il monopolio, e ciò non è serio per chi lo propone e non può essere neppure argomento di una discussione seria.

Il disegno di legge dell'on. Nitti non solo non tenta di risolvere tutti questi problemi, ma non se li pone neppure. Esso adotta una soluzione, che vorrebbe essere più semplice, ma che è, soltanto, semplicistica. Niente riscatto del portafogli. L'istituzione del monopolio opera, in quanto i nuovi contratti di assicurazione sono, d'ora innanzi, riservati unicamente all'Istituto autonomo. Alle società esistenti gli assicurati vecchi, al nuovo Istituto gli assicurati nuovi: ecco la formula del disegno di legge.

Ora questa soluzione è certamente la peggiore possibile. La peggiore per lo Stato, la peggiore per le società, la peggiore per gli assicurati.

È la peggiore soluzione per lo Stato. Il nuovo Istituto inizierà il suo lavoro con la polizza numero uno; esso dunque si troverà esattamente nelle condizioni di una società che comincia e dovrà necessariamente traversare quel periodo di crisi, per cui passa ogni nuova impresa di assicurazione. La crisi sarà forse resa un po' meno aspra dal fatto che non vi sarà da vincere la concorrenza di altre imprese già accreditate, ma altri elementi sfavorevoli entreranno in campo: la diffidenza verso lo Stato, così profonda nella nostra borghesia produttrice, che è la miglior cliente delle Compagnie di assicurazione; il minor stimolo alla produzione che deriverà dalla mancanza di concorrenza; l'azione necessariamente più impacciata e più costosa di un Istituto di Stato. Comunque, una causa sicura di perdita opererà nei primi anni del-

l'esercizio del monopolio, come opera nei primi anni di vita di una società: il numero piccolo di assicurati, che rende le spese generali proporzionatamente più forti, e rende possibili e frequenti scarti rovinosi fra la mortalità calcolata e la mortalità effettiva.

Pessima è quella soluzione anche per le Compagnie. Essa produrrà la bella conseguenza che mentre l'Istituto di Stato lotterà per acquistare il numero di assicurati necessario al suo funzionamento, le Società vedranno lentamente diminuire il nucleo dei loro assicurati, e scalzate le basi del normale funzionamento del meccanismo delle assicurazioni. Non potendo più reclutare nuovi assicurati che vadano a colmare i vuoti che si producono annualmente fra gli assicurati vecchi, le società saranno costrette a ripartire le spese sopra un numero sempre minore di assicurati, in modo che ogni assicurazione costerà ogni anno di più. D'altro canto la continua diminuzione del numero degli assicurati ricondurrà le società più vecchie ed accreditate alle stesse condizioni, contro cui dovettero lottare nelle loro origini: ciascun nucleo di assicurati diverrà in breve insufficiente a dare una solida base all'assicurazione: le tabelle di mortalità, calcolate su grandi masse di individui non risponderanno più alla realtà, in una cerchia ristretta di assicurati; entrerà in giuoco ed avrà parte sempre più importante il caso, questo nemico insidioso del meccanismo dell'assicurazione. E così si aprirà un periodo di crisi generale nelle imprese di assicurazione; crisi di sviluppo nell'istituto di Stato; crisi senile nelle imprese private. È vero però che non tutte le imprese risentiranno in modo uguale il danno del nuovo regime. Anche qui lo Stato italiano fa del protezionismo a rovescio. Le Società estere, che lavorano anche fuori d'Italia, continueranno a poter contare sul nucleo dei loro assicurati stranieri, e potranno liquidare senza soverchie scosse, la loro posizione in Italia. Le Compagnie italiane invece, che lavorano solo in Italia, andranno incontro ad una liquidazione disastrosa, che per talune si risolverà, probabilmente, nel fallimento.

Con questa soluzione le società attualmente esercenti avranno un triplice danno:

1° Perderanno i lucri futuri, *derivanti dai contratti nuovi*, che avrebbero stipulato, qualora non fosse stato introdotto il monopolio;

2° Perderanno i lucri futuri, *derivanti dai contratti vecchi*, i quali, non più appoggiati ad una massa considerevole di affari, diventeranno dei cattivi contratti, in quanto il premio pattuito non basterà, per le mutate condizioni, a coprire più il rischio e le spese;

3° E probabilmente, sempre in dipendenza dello stesso mutamento nello stato di fatto, dovranno col proprio patrimonio far fronte alle perdite che deriveranno dalla mancata corrispondenza fra rischio e premio, fra spese e premio.

Quest'ultimo è indiscutibilmente un *danno emergente*, una *positiva* diminuzione del patrimonio. Gli altri due sono *lucri cessanti*, sono mancati aumenti di patrimonio. Ma il lucro cessante, che deriva dai vecchi contratti, è un lucro a cui le società avevano un vero *diritto*: lo Stato muta la condizione di fatto in modo da togliere ogni valore economico al diritto attualmente esistente nel patrimonio delle società. Invece il lucro cessante, che deriva dai nuovi contratti sperati, non è connesso a un vero diritto delle società (non esiste un diritto ai contratti futuri), ma ad una *legittima aspettativa*. L'organismo industriale creato, in quanto è capace di dar guadagni futuri, conferisce una legittima aspettativa di questi guadagni. Questa aspettativa legittima è un *bene patrimoniale*, ed è precisamente quell'elemento patrimoniale dell'azienda che si suol designare col nome di *avviamento*. Non è qui il caso di discutere sulla natura giuridica dell'avviamento come elemento patrimoniale. Probabilmente l'avviamento comprende i guadagni futuri dell'azienda, in quanto sono ragionevolmente attesi; è, in sostanza, una *res sperata*, ma una *res* legittimamente *sperata*. Certo è che l'avviamento sebbene si riferisca a cose future, è un bene patrimoniale *attuale*, che come tale è oggetto di rapporti giuridici e come bene attuale è consi-

derato dal fisco (che cosa è infatti il famoso sopraprezzo colpito dall'imposta di ricchezza mobile se non il corrispettivo delle riserve accumulate e dell'*avviamento* di cui i nuovi azionisti vengono a profittare?).

In conclusione, col divieto di far nuovi contratti, in maggiore o minor misura, secondo che si tratta di società operanti solo in Italia, o anche all'estero, si reca alle imprese di assicurazione esistenti una reale *diminuzione di patrimonio*. E a tale diminuzione non fa riscontro alcuna indennità. Si comprende così come le società, rivolgendosi al Parlamento, si siano lamentate che, in tal modo si viene a introdurre nella legislazione italiana, il principio della espropriazione forzata senza indennità, in contraddizione con lo Statuto e col codice civile, che dichiarano inviolabile la proprietà privata ed ammessa l'espropriazione solo quando sia accompagnata da una giusta indennità.

Questa deduzione tuttavia non è di assoluta evidenza. Si potrebbe infatti opporre alle società, e mi pare sia stato anche opposto, che qui non si è nel campo della espropriazione forzata, perchè non vi è alcun trapasso di valori dal patrimonio delle società allo Stato, ma vi è semplicemente un *danno* che le società ricevono, e che essendo recato da un atto legislativo, è un danno *iure datum* e, come tale, non suscettibile di risarcimento. Che, nel caso, non si possa parlare di *danno risarcibile*, è chiaro perchè di una responsabilità dello Stato per atti legislativi non si può parlare: la responsabilità è la conseguenza della violazione del diritto, e non può la legge che costituisce il diritto violarlo. Ma si può parlare, invece, benissimo di espropriazione, perchè si ha espropriazione ogniqualvolta lo Stato pel suo vantaggio priva il cittadino in tutto o in parte di un bene patrimoniale, di cui questi legittimamente gode.

Non occorre perciò, nella espropriazione, alcun trapasso materiale di beni; basta che lo Stato tragga una utilità dal danno patrimoniale arrecato al privato (così, per es., nel caso della occupazione temporanea del suolo altrui per causa di

utilità pubblica). Ora, nel caso in esame, è indubitato che il danno proviene alle compagnie proprio dal fatto che lo Stato vieta loro, a tutto vantaggio dell'istituto autonomo, di far nuovi contratti. E perciò, se non si può parlare di *risarcimento di danni*, si può invece parlare benissimo di *conversione di diritti*, appunto come nella espropriazione per pubblica utilità, in cui il diritto privato confiscato a favore dello Stato, è surrogato dal diritto ad una indennità.

Infine, si deve affermare chiaramente che il divieto di far nuovi contratti senza riscatto dei portafogli è la peggior soluzione anche per gli assicurati. È questo un lato del problema di solito trascurato, perchè gli assicurati dispersi e privi di organi propri (sarebbero state in questo caso molto opportune le *leghe di assicurati*, di cui si ha esempio in Germania !), non hanno fatto sentire che poco e debolmente la loro voce. Invece gli assicurati sono proprio le vittime maggiori della soluzione escogitata dal disegno di legge per il trapasso dal vecchio al nuovo regime. Abbiamo esaminato le conseguenze del divieto di far nuovi contratti dal punto di vista delle società, ed abbiamo veduto che esse si riassumono principalmente in ciò, che il divieto scuote la base dell'assicurazione e rende il premio non più commisurato al rischio e alle spese. Vediamo ora la cosa dal punto di vista degli assicurati.

È merito del Vivante l'aver per la prima volta rilevato i riflessi che ha sulla struttura giuridica del contratto di assicurazione il concetto economico e tecnico della assicurazione, e l'aver stabilito che un contratto di assicurazione isolato non è concepibile. Io non approverei la formulazione giuridica data dal Vivante a questo concetto, e non credo che possa dirsi una conquista definitiva della scienza il principio da lui posto a base dello studio giuridico dell'assicurazione, che *l'impresa* sia un elemento essenziale del contratto. Questo concetto dell'impresa, in verità, è un concetto economico e non giuridico, e anche come concetto economico non è esatto, perchè imprenditore di assicurazioni è chiunque assume su di sè un rischio contro il pagamento di un premio, e quindi

anche l'assicuratore isolato, e impresa non significa ancora grande impresa, e meno ancora impresa collettiva. Ma, comunque, è certo questo, che non vi è assicurazione, ma scommessa, se il rischio singolo assunto dall'assicuratore non va ad unirsi ad una massa di altri rischi omogenei pure da lui assunti, e se il premio che egli ricava non va a costituire con gli altri premi una massa capace di fronteggiare la massa dei rischi. Questo significa, giuridicamente, che tanto l'assicuratore quanto l'assicurato contrattano sotto un *presupposto*, sotto una condizione non isvolta, ma inerente alla natura stessa del contratto: che il rischio assicurato vada a confondersi in una massa di rischi omogenei assunti dall'assicuratore, abbastanza grande da rendere possibile il calcolo delle probabilità che ciascuno si verifichi; e che il premio vada a costituire con gli altri premi riscossi un fondo tale che, aumentato dagli interessi, sia sufficiente a pagare le somme assicurate, al verificarsi dell'evento assicurato. Ora, se questo presupposto esisteva al momento della conclusione del contratto, ma vien meno in seguito, il contratto cade. E ciò è sanzionato esplicitamente dall'art. 433 cod. comm., che dà diritto all'assicurato di chiedere la risoluzione del contratto, quando l'impresa assicuratrice *si mette in liquidazione*. Mettersi in liquidazione vuol dire non concludere affari nuovi; non concludere nuovi affari, vuol dire diminuire progressivamente la massa degli assicurati, e quindi far venir meno la base di fatto, che costituisce il presupposto tacito del contratto.

Ora tutte le imprese di assicurazione sulla vita operanti solo in Italia saranno messe *ipso iure* in liquidazione con l'attuazione del monopolio, per tutte verrà meno la base di fatto che costituì il presupposto dei contratti stipulati. Questa condizione di cose renderà grave la condizione di fatto degli assicurati che avranno d'ora innanzi per debitrici delle imprese di assicurazione in istato di liquidazione forzata, e forse di fallimento. Ma renderà grave anche la loro condizione giuridica.

Gli assicurati avranno, è vero, il diritto di chiedere la ri-

soluzione del contratto, ma lo stesso diritto spetterà alle compagnie assicuratrici. Esse al pari degli assicurati contrattarono sotto un presupposto, che è venuto meno. Esse assunsero un rischio contro un premio che corrispondeva, allora, al rischio e non corrisponde più; compresero nel premio una quota di spese che non è più quella. Non sarebbe giusto, e non sarebbe conveniente neppure per gli assicurati, che esse dovessero dare esecuzione ai contratti a costo del fallimento, ed io penso che esse sarebbero bene in diritto di chiedere la risoluzione dei contratti, offrendo il rimborso dei premi, depurati delle spese, e diminuiti di una quota atta a compensarle del rischio già corso. Si consideri come sarebbe disastrosa, in questa ipotesi, la condizione dell'assicurato, posto, tra l'altro, nella dura alternativa di non potersi più assicurare o di dover pagare, se sono scorsi vari anni dalla prima assicurazione, un premio assai più forte e qualche volta insopportabilmente forte.

La Commissione parlamentare incaricata di esaminare il disegno di legge, preoccupandosi della sorte degli assicurati ha introdotto nel disegno alcune disposizioni (art. 24 e 24 ter), con le quali si stabilisce che lo Stato ha diritto di accertarsi della sufficienza delle riserve matematiche accantonate dalle società operanti al momento dell'attuazione del monopolio, e di promuovere la reintegrazione delle riserve constatate insufficienti; e che le società, le cui riserve sono in regola, possono cedere all'istituto autonomo il loro portafogli, assieme alle relative riserve. Su queste disposizioni è da notare che esse ammettono la cessione del portafogli proprio là dove non ve ne sarebbe bisogno; le società, le cui riserve sono sufficienti, non avranno alcuna ragione di rinunciare al loro portafogli; nè gli assicurati avranno alcun interesse a una tale cessione. Il disegno di legge viene così a tutelare questi assicurati che non hanno bisogno di tutela, e abbandona alla loro sorte precisamente quelli che sono esposti al disastro. Inoltre la proposta non tien conto affatto della ipotesi, che è la più probabile e in vista della quale si domandavano provvedi-

menti. Che accadrà di quelle imprese, le cui riserve erano sufficienti al momento dell'attuazione del monopolio e sono diventate insufficienti dopo? L'istituto autonomo dovrà assumere il loro portafogli? E come, a quali condizioni? Ecco una serie di punti sui quali anche il disegno della Commissione tace, ed erano quelli proprio che bisognava chiarire.

Testo del Disegno di legge (1).

Art. 1. — A decorrere dal giorno della entrata in vigore della presente legge, le assicurazioni sulla durata della

---

(1) *Atti parlamentari*, Camera dei deputati, Doc. n. 881 (Seduta del 3 giugno 1911).

La Commissione, nominata dagli Uffici della Camera, ha presentato il giorno 20 giugno la sua Relazione, ove si dà ragione delle varianti da essa introdotte al progetto Nitti, d'accordo col governo.

Secondo il progetto emendato, l'entrata in vigore della legge sarà determinata per decreto reale.

Nessuna indennità e per nessuna ragione spetterà alle Compagnie, Società, o imprese già esercenti l'assicurazione vita. Però, oltre le eccezioni del progetto ministeriale, si stabilisce che le disposizioni dell'art. 1, non si applichino alle Casse di Previdenza già riconosciute per decreto reale, alle Società mutue incaricate di assicurare un capitale non superiore a lire 1000 o un reddito non superiore a lire 400 annue ai loro soci.

L'art. 4 è così modificato: « Sono nulli e senza effetto i contratti di assicurazione sulla vita umana conchiusi nel Regno in frode alla presente legge e nessuna azione può essere esercitata per la esecuzione dei contratti medesimi o anche solo in risarcimento dei danni od in rimborso di spese. Sarà tuttavia esercitata azione penale quando ne concorrano gli estremi. Chiunque assuma o procuri nel Regno contratti, proposte di assicurazione in frode alla presente legge sarà punito con multe nella misura dal 10 al 20 % della somma assicurata o del valore capitale del contratto di rendita vitalizia. Nel caso di più contravvenzioni a questa disposizione, la multa non sarà minore del 20 %. In caso di recidiva la multa sarà raddoppiata. Le anzidette penalità non si applicano agli assicurati. L'importo delle multe applicate a norma del presente articolo è devoluto alla Cassa Nazionale di Previdenza e sarà attribuito al fondo delle pensioni operaie ».

L'art. 11 è così modificato: « Gli agenti produttori saranno retribuiti esclusivamente con una provvigione proporzionata al numero o alla entità degli affari per mezzo di essi conchiusi. Non possono avere compensi di altra specie,

vita umana, in tutte le loro possibili forme, sono esercitate, in regime di monopolio, dall'Istituto Nazionale di assicurazioni che è istituito con sede in Roma.

L'Istituto Nazionale di assicurazioni ha personalità giuri-

---

eccetto i premi che l'Istituto eventualmente decidesse di concedere ai più attivi produttori. Potranno essere autorizzati a procurare affari all'Istituto con il corrispettivo fissato dal regolamento i titolari degli uffici postali delle categorie inferiori, designate dal ministro delle poste e telegrafi, i notai, i segretari e gli agenti comunali ».

L'art. 21 è così modificato: « È ammesso per i soci delle assicurazioni tontinarie o di ripartizione nazionali il diritto di recesso che può essere esercitato entro 60 giorni dalla pubblicazione fatta dal Commissario regio, degli accertamenti di cui è cenno nell'articolo precedente, nella *Gazzetta Ufficiale* e nel foglio degli annunzi ufficiali della provincia nella quale ha sede l'Associazione ».

Alle disposizioni generali sono aggiunti i seguenti due articoli.

Art. 24 *bis*. — « Le imprese nazionali ed estere che all'atto della promulgazione della presente legge esercitano l'assicurazione sulla durata della vita umana dovranno, entro un mese, presentare al ministro di agricoltura, industria e commercio la propria tabella di mortalità indicando quale saggio di interesse servì di base al calcolo della riserva metallica alla chiusura dell'ultimo esercizio. Il ministro di agricoltura, industria e commercio controlla, ove lo creda opportuno, mediante ispezione dei libri, dei documenti tecnici ed amministrativi dell'azienda, la mortalità effettiva degli assicurati e l'effettivo saggio di rendimento dei capitali. Qualora si rivelino differenze notevoli nell'uno o nell'altro di questi elementi, il Ministero di agricoltura, industria e commercio procederà alla revisione immediata del calcolo delle riserve, contestando all'impresa assicuratrice le differenze rilevate e promuovendo all'uopo l'eventuale reintegro ».

Art. 24 *ter*. — « L'Istituto nazionale di assicurazione dovrà, a richiesta delle imprese nazionali ed estere di assicurazione sulla durata della vita umana, accettare la cessione dei portafogli delle imprese richiedenti per il complesso dei contratti da esse stipulati nel Regno anteriormente al 5 giugno 1911, a condizione che le imprese cedenti versino all'Istituto l'ammontare delle riserve matematiche corrispondenti alla durata dei contratti. Le norme relative al calcolo delle riserve matematiche agli effetti del presente articolo saranno fissate per decreto reale. Per l'effetto delle cessioni di cui sopra, l'Istituto nazionale di assicurazioni rimane sostituito alle imprese assicuratrici cedenti nell'obbligo e nei diritti verso ciascuno degli assicurati in conformità dei patti e delle condizioni risultanti dalle rispettive polizze contrattuali. Le cessioni summenzionate sono esenti da tassa di registro e bollo.

« La competenza a risolvere in merito a controversie di qualsiasi genere che sorgessero sull'applicazione del presente articolo spetta alla quinta sezione del Consiglio di Stato ».

dica e gestione autonoma, ed è posto sotto la vigilanza del Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio, che la eserciterà nei modi e nelle forme che saranno stabiliti dal Regolamento per l'esecuzione della presente legge.

Con Decreto reale, sentito il Consiglio di Stato, sarà approvato lo Statuto organico dell'Istituto nazionale.

Lo Statuto determinerà le norme per la istituzione e il funzionamento delle sedi compartimentali e delle agenzie locali.

Art. 2. — Le Società, associazioni, compagnie, imprese e i privati che comunque esercitano nel Regno l'assicurazione sulla durata della vita umana non potranno mai pretendere dallo Stato o dall'Istituto Nazionale di assicurazioni garanzie, compensi o indennità per qualsivoglia titolo o causa, in relazione alle conseguenze che dipendano, anche in via indiretta, dal monopolio stabilito con questa legge, di qualunque specie esse siano e non saranno ammesse azioni in giudizio per siffatti scopi.

Continueranno i suddetti assicuratori ad eseguire i contratti in corso e a riscuoterne i premi, a norma dell'art. 19.

Ma gli assicurati nulla potranno mai pretendere o reclamare, a loro volta, contro lo Stato o contro l'Istituto Nazionale di assicurazioni, in qualsiasi caso di inadempimento, o non regolare adempimento, delle rispettive obbligazioni dei loro assicuratori.

Art. 3. — Le disposizioni di cui all'art. 1 non si applicano:

1° agli Istituti di previdenza destinati per legge a provvedere a trattamenti di quiescenza o di pensione;

2° alle società di mutuo soccorso e alle casse di previdenza riconosciute per Decreto Reale, che assicurino un capitale non superiore alle lire 500 o una rendita non superiore alle lire 100 annue;

3° alle amministrazioni pubbliche e alle aziende private, in quanto provvedono direttamente al trattamento di quiescenza, o di pensione o a sussidi in caso di morte per il loro personale;

4° ai contratti vitalizi stipulati a norma degli articoli 1789 e seguenti del cod. civ.

Art. 4. — I contratti di assicurazione sulla durata della vita umana anche se di carattere preliminare riservati in regime di monopolio all'Istituto nazionale, ove fossero comunque conchiusi nel Regno in frode alla presente legge, sono privi di effetto giuridico e nessuna azione può essere esercitata dalle parti per la esecuzione dei medesimi. Sarà tuttavia esercitata l'azione penale quando ne concorrano gli estremi.

Si presumono fatti in frode alla presente legge i contratti di assicurazione stipulati all'estero da cittadini italiani o a loro favore, fatta eccezione per il caso che l'assicurato dimori con residenza effettiva all'estero da oltre un anno. Tale circostanza deve risultare da attestazione consolare, apposta sulla polizza.

Chiunque stipuli contratti in frode alla presente legge è punito con multa nella misura dal 5 al 20 per cento della somma assicurata o del valore capitale del contratto di rendita vitalizia.

Chiunque procuri proposte di assicurazione in frode alla presente legge sarà punito con la stessa multa, che però non sarà inferiore nel minimo a lire 500 per ciascuna proposta.

L'importo delle multe applicate a norma del presente articolo è dovuto alla Cassa Nazionale di Previdenza e sarà attribuito al fondo delle pensioni operaie.

In caso di recidiva, alla multa sarà aggiunta la detenzione da uno a sei mesi.

Art. 5. — Il Consiglio di amministrazione dell'Istituto nazionale di assicurazioni è composto di nove membri ed è costituito con decreto reale promosso dal Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio, sentito il Consiglio dei Ministri. Con lo stesso decreto si provvederà alla nomina del Presidente e del Vice-Presidente del Consiglio.

Del Consiglio di Amministrazione fanno parte:

a) quattro funzionari dello Stato di grado non inferiore a quello di Capo Divisione o ad esso assimilato: scelti due

nei ruoli del Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio e due in quelli del Ministero del Tesoro;

b) quattro cittadini che non siano funzionari dello Stato e che abbiano dato prova di capacità tecnica e amministrativa di Istituti di emissione, di credito o di previdenza;

c) il Direttore Generale della Cassa Nazionale di Previdenza.

Il Direttore Generale dell'Istituto Nazionale interviene alle riunioni del Consiglio con voto consultivo.

Gli uffici di Direttore Generale e di Consigliere di amministrazione sono incompatibili con la qualità di Senatore e Deputato e con qualunque carica pubblica elettiva.

Il Presidente sarà scelto fra i consiglieri di cui alla lettera *b*).

Il Consiglio si riunirà almeno ogni due mesi.

Art. 6. — I componenti il Consiglio di Amministrazione durano in carica e si rinnovano per il tempo e con le norme che saranno stabilite dallo Statuto organico che determinerà pure i casi ed i modi di eventuale revoca dei consiglieri.

Con decreto reale promosso dal Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio saranno fissati la misura e il modo di retribuzione dei consiglieri di amministrazione delle categorie *a* e *b* del precedente articolo.

Art. 7. — Il Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio nominerà su proposta del Consiglio di Amministrazione due Consiglieri, i quali insieme al Presidente costituiranno un Comitato permanente.

Le attribuzioni del Comitato e le norme per il suo funzionamento e per la durata in carica dei suoi membri saranno determinate dallo Statuto.

Art. 8. — Il Consiglio di Amministrazione propone lo statuto organico dell'ente e le eventuali modificazioni di esso e delibera:

1º sull'impianto delle sedi e sulla istituzione delle agenzie;

2º sulle tariffe dei premi per le singole forme di assicurazione;

3º sulle proposte di contratti collettivi di assicurazione;

4° sui regolamenti interni di amministrazione;

5° sulla gestione e l'impiego dei fondi;

6° sugli accantonamenti per la riserva matematica e per le riserve di garenzia;

7° sui bilanci;

8° sulla compartecipazione del personale agli utili netti e sul piano di ripartizione degli utili stessi fra il personale amministrativo, tecnico e di produzione dell'azienda;

9° su tutti gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione o che abbiano una particolare importanza per l'azienda.

Il Consiglio di Amministrazione nomina e rimuove il personale e ne determina le retribuzioni.

Lo Statuto disciplinerà l'esercizio delle attribuzioni del Consiglio di Amministrazione.

Art. 9. — Il Direttore Generale dell'Istituto Nazionale è nominato con Decreto reale, promosso dal Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio, sentito il Consiglio dei Ministri. Col decreto stesso sono stabiliti lo stipendio e le indennità del Direttore Generale.

Il Direttore Generale rappresenta l'Istituto, esegue le deliberazioni del Consiglio e dirige i servizi tecnici e amministrativi.

Il Direttore Generale non può essere rimosso nè sospeso dall'ufficio altrimenti che con Decreto Reale su proposta del Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio, udito il Consiglio dei Ministri.

Art. 10. — L'istituto ha, nei limiti e colle modalità determinate dallo Statuto, impiegati amministrativi e tecnici, oltre agli incaricati della produzione e di altri servizi speciali.

Gli impiegati dell'Istituto non sono nè potranno essere equiparati agli impiegati dello Stato; e son assunti con contratti a tempo determinato; rescindibili e rinnovabili a norma dello Statuto.

La retribuzione degli impiegati dell'Istituto potrà essere commisurata al tempo o al lavoro compiuto, e potrà consistere anche parzialmente in una compartecipazione agli utili.

All'atto della loro assunzione in servizio gl'impiegati dell'Istituto dovranno stipulare collo stesso un contratto di assicurazione nella misura e nei modi che saranno stabiliti dallo Statuto e non avranno diritto ad altro trattamento di quiescenza fuori di quello nascente della loro assicurazione.

Nella prima costituzione del personale dell'Istituto, saranno assunti di preferenza in servizio dell'Istituto stesso coloro, che, all'atto dell'entrata in vigore della presente legge, prestino da non meno di tre anni servizio ininterrotto presso le imprese assicuratrici, ove il Consiglio di Amministrazione li ritenga idonei.

Agli impiegati tutti dell'Istituto nazionale si intendono estese le disposizioni del codice penale, che riguardano i pubblici ufficiali, ai quali sono equiparati soltanto a questo effetto.

Art. 11. — Gli agenti produttori saranno retribuiti esclusivamente con una provvigione proporzionata al numero e all'entità degli affari per mezzo di essi conclusi. Non possono avere compensi di altra specie, eccetto i premi che l'Istituto eventualmente decidesse di concedere ai più attivi produttori.

Potranno essere autorizzati a procurare affari all'Istituto col corrispettivo di una provvigione nella misura da stabilirsi dal Regolamento: i notai, ricevitori del Registro, agenti delle Imposte, i segretari ed agenti comunali, gli ufficiali ed agenti postali di qualunque categoria.

Il servizio di riscossione dei premi e il pagamento delle indennità derivanti da contratti di assicurazione oltre che direttamente dagli organi dell'Istituto potrà essere fatto, con esenzione da ogni spesa, dagli Uffici postali e dai Ricevitori del Registro.

Le norme per la gestione di tale servizio saranno stabilite dal Regolamento.

Art. 12. — Le funzioni di Sindaci, in conformità alla disposizione dell'art. 184 del codice di commercio, sono esercitate da un collegio costituito:

1° da un consigliere della Corte dei Conti designato annualmente dal Presidente della Corte;

2° da un referendario del Consiglio di Stato, designato annualmente dal primo Presidente del Consiglio stesso;

3° da un Ispettore degli Istituti di emissione o da un funzionario della Direzione Generale degli Istituti di previdenza nominato annualmente dal Ministro del Tesoro.

I sindaci presenteranno ogni anno una relazione, che, unitamente a quella del Consiglio di Amministrazione dell'Istituto e ai bilanci, sarà comunicata dal Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio al Parlamento.

Il Decreto Reale di cui all'art. 6 stabilirà pure il modo e la misura della retribuzione dei Sindaci.

Art. 13. — Il Tesoro dello Stato aprirà un conto corrente all'Istituto Nazionale di assicurazioni sino all'ammontare di 5.000.000 di lire perchè esso possa provvedere alle spese di impianto e di gestione nei primi anni di esercizio.

Tale anticipazione produrrà un interesse pari a quello medio che si corrisponde per i buoni del Tesoro e verrà rimborsato nel termine massimo di dieci anni a partire dal terzo esercizio della gestione dell'Istituto, in annualità non inferiori al decimo della somma anticipata.

Art. 14. — Dagli utili netti annuali si preleveranno:

a) una quota non inferiore al 5% per la riserva ordinaria;

b) la quota destinata a norma dello Statuto, alla riseva di garenzia e ad ogni eventuale riserva;

c) la quota di compartecipazione che sia assegnata ai funzionari dell'ente, in misura non superiore al 5%.

Gli utili netti residuali sono dovuti per intero alla Cassa Nazionale di Previdenza per la invalidità e per la vecchiaia degli operai.

Art. 15. — Le norme tecniche per il calcolo della riserva matematica saranno determinate dallo Statuto.

Le riserve matematiche ed ogni altra disponibilità patrimoniale dell'Istituto Nazionale di Assicurazioni saranno impiegate nei modi seguenti, e con divieto di qualsiasi altro impiego:

1° in titoli del debito pubblico consolidato del Regno d'Italia;

2° in altri titoli emessi o garantiti dallo Stato Italiano;

3° in cartelle emesse dagli Istituti autorizzati ad esercitare il credito fondiario in Italia;

4° in anticipazioni su pegno dei titoli, di cui ai numeri 1°, 2° e 3° del presente articolo;

5° in acquisto mediante cessione o surrogazioni di annualità dovute dallo Stato Italiano;

6° in mutui sopra proprie polizze di assicurazione, nei limiti del corrispondente valore di riscatto;

7° in beni immobili urbani posti nel Regno, purchè liberi da ipoteche o da qualsiasi altro onere, ed in misura non superiore al decimo della riserva;

8° in sovvenzioni agli impiegati dello Stato, delle Provincie e dei Comuni, delle Istituzioni pubbliche di beneficienza, dei Monti di Pietà, delle Camere di Commercio, degli Istituti di emissione, contro garanzia della cessione di una quota parte degli emolumenti da essi dovuti, autorizzata dalle leggi 30 giugno 1908, n. 335 e 13 luglio 1910, n. 444.

Gli amministratori tutti sono collettivamente e solidalmente responsabili di qualsiasi investimento od impiego di fondi fatto in deroga alle norme del presente articolo.

Art. 16. — Gli utili dell'Istituto Nazionale di assicurazioni sono esenti dall'imposta di ricchezza mobile.

I contratti fra l'Istituto Nazionale di assicurazioni e gli assicurati sono soggetti alla tassa speciale, in surrogazione delle ordinarie tasse di bollo e di registro, regolata dal testo unico della legge relativa alle tasse sulle assicurazioni e sui contratti vitalizi, approvato col R. Decreto 26 gennaio 1896, n. 44.

Art. 17. — L'Istituto Nazionale di assicurazioni godrà della franchigia postale e telegrafica nelle forme e nei modi che saranno determinati nel Regolamento.

Art. 18. — Le imprese nazionali ed estere, che esercitano in Italia l'assicurazione sulla durata della vita umana, continueranno a riscuotere i premi derivanti dai contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della presente legge, sino alla

maturazione dei medesimi e ad adempiere alle obbligazioni assunte verso gli assicurati. Rimane fermo l'obbligo di cui all'art. 145 del codice di commercio.

Gli assicuratori non potranno in alcun modo invocare le disposizioni di questa legge per annullare o modificare i contratti in corso.

Art. 19. — Entro quindici giorni dalla entrata in vigore della presente legge, le imprese nazionali ed estere, che esercitano in Italia le assicurazioni sulla durata della vita umana, debbono presentare all'ufficio del registro del luogo in cui ciascuna ha il suo stabilimento principale nel Regno il repertorio polizze di assicurazione sulla durata della vita umana, prescritto dall'art. 7 della legge relativa alle tasse sulle assicurazioni e sui contratti vitalizi (testo unico approvato con R. Decreto 26 gennaio 1896, n. 44) per la vidimazione e la chiusura del repertorio medesimo.

Saranno ritenuti nulli e fatti in frode alla legge, qualunque data vi apparisca, tutti i contratti di assicurazione sulla durata della vita umana che non siano registrati nel repertorio polizze delle imprese assicuratrici, vidimato e chiuso ai termini del presente articolo.

Art. 20. — È vietato in Italia l'esercizio delle associazioni tontinarie o di ripartizione, sia nazionali che estere.

Il Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio provvederà, entro un mese dalla promulgazione della presente legge, a norma della legge 26 febbraio 1902, n. 9, alla nomina di un Commissario regio per ciascuna associazione nazionale od estera, il quale procederà all'accertamento della situazione patrimoniale e alla determinazione dei diritti dei singoli soci.

Il Commissario assume l'Amministrazione dell'Istituto con tutti i poteri dei liquidatori delle Società di commercio. Le operazioni di riparto fra la Cassa Nazionale di previdenza e l'Istituto Nazionale saranno da lui compiute con l'assistenza di due delegati dei predetti Istituti. Le forme ed i modi della gestione straordinaria saranno determinati dal Regolamento per l'esecuzione della presente legge.

Art. 21. — È ammesso per i soci delle imprese tontinarie nazionali il diritto al recesso, che può essere esercitato entro un mese dalla data del R. Decreto, che istituisce la gestione straordinaria.

I soci che entro il detto termine non avranno espressa la volontà del recesso si intenderanno, se operai, iscritti alla Cassa Nazionale di previdenza, se non operai si considereranno assicurati per un contratto di rendita vitalizia presso l'Istituto Nazionale di assicurazioni.

Art. 2I. — I soci delle imprese tontinarie o di ripartizione che in virtù della presente legge sono iscritti presso la Cassa Nazionale di Previdenza e quelli che saranno assicurati presso l'Istituto Nazionale, continueranno nei versamenti, a cui erano obbligati verso le Associazioni alle quali appartenevano, salva in loro la facoltà di aumentare i contributi, osservando le norme che all'uopo saranno stabilite nel Regolamento.

I soci delle imprese tontinarie iscritti o assicurati come sopra saranno accreditati presso la Cassa Nazionale di Previdenza o presso l'Istituto di assicurazioni, sotto forma di versamenti unici anticipati per costituzione di rendite vitalizie, delle quote che ad essi potranno spettare sul patrimonio delle associazioni cui appartengono.

Art. 23. — I provvedimenti del Ministero menzionati potranno essere esclusivamente impugnati con ricorso alla IV sezione del Consiglio di Stato, a norma dell'art. 22 della legge sul Consiglio di stato, testo unico, approvato con R. Decreto 17 agosto 1906, n. 638, senza che possa esserne sospesa la esecuzione.

Art. 24. — Il Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio presenterà, entro due anni dalla entrata in vigore della presente legge, un disegno di legge per la riforma della Cassa Nazionale di Previdenza.

Art. 25. — Il Regolamento per l'esecuzione della presente legge, approvato con Decreto reale, sentito il Consiglio dei ministri, deve essere promulgato entro due mesi dalla entrata in vigore della presente legge.

EMANUELE GIANTURCO *

---

* *Nuova Antologia*, 1926.

« Ebbi umili natali, avversa la fortuna, e questa vinsi, quelli nobilitai con la sola perseverante virtù del lavoro. Il mio programma quindi è già scritto nella mia vita. Dovunque risplenda la luce di alti ideali, dovunque chiami la voce del dovere, là sarà il mio posto ». Così Emanuele Gianturco, poco più che trentenne, si presentava agli elettori di Basilicata, sollecitando il loro suffragio. E con questi propositi Egli entrò nella vita pubblica.

Diciotto anni dopo, nell'imminenza di una fine immatura, che lo coglieva nella pienezza della sua virilità, mentre egli era ancora sulla breccia a combattere una aspra battaglia per la difesa di interessi vitali della nazione, scriveva nel suo testamento:

« Non si dolgano i miei carissimi figli se l'eredità del padre non è pingue. Lascio ad essi il pane del domani; al pane del poi domani debbono provvedere essi stessi, lavorando assiduamente, onestamente, come io ho lavorato ». E ai suoi figli lasciò questo estremo monito: « Temete Iddio, soltanto Iddio, venerate vostra madre, amate il lavoro e serbate immacolato l'onore del nome di vostro padre ».

Queste parole, sgorgate dal profondo del cuore in due solenni momenti della vita di Emanuele Gianturco, sono la sintesi più genuina di tutta la sua operosa esistenza. Modello insuperabile di volontà, di energia, di dirittura morale e di alta coscienza civile, egli parve riassumere in sè tutte le virtù

della stirpe italiana e in ispecie della gente della terra lucana, generatrice feconda di alti ingegni, di forti caratteri e di anime generose.

Nato da modesta famiglia, nessun altro ausilio ebbe Emanuele Gianturco nei primi duri passi della sua carriera luminosa, fuorchè il fratello maggiore Giuseppe, povero prete, ma pieno di ardore e di fede, che dalla nativa Avigliano osò trasferirsi a Napoli, appunto per provvedere all'educazione dei suoi piccoli fratelli, Emanuele e Vincenzo. Nella grande metropoli del Mezzogiorno, quasi sperduto, senza appoggi, il modesto sacerdote affrontò sacrifici e privazioni di ogni sorta, ma riuscì nel suo nobile scopo.

Così nella miseria incombente, Emanuele compì a Napoli i suoi studi. All'Università seguì i corsi di giurisprudenza, ma contemporaneamente, nell'istituto di San Pietro a Maiella, si dedicava, con entusiasmo forse maggiore, agli studi di musica. Nel 1879 conseguiva insieme la laurea in giurisprudenza e il diploma di compositore di musica.

Per la musica erano, io penso, le sue intime predilezioni, e la carriera dell'arte musicale gli offrì pure una immediata, sebbene modesta, sistemazione. Probabilmente quindi egli avrebbe prescelto questa carriera, piuttosto che quella del giurista, se il consiglio dei suoi non fosse prevalso. Ma conservò Egli sempre grande amore per la musica, e parecchie pagine musicali, di molto pregio, compose, pur tra le cure dell'insegnamento, del Foro e della politica. Alla musica chiese spesso riposo e conforto, e nulla rinfrancava il suo spirito teso, dopo giornate di intenso lavoro e di aspre lotte, come le armonie che le sue mani scorrenti sul piano movevano, mentre aveva d'intorno raccolta la sua famiglia diletta.

Scelta la sua via, Emanuele Gianturco vi si incamminò come egli sempre soleva, risolutamente. Con rinnovata lena si dedicò agli studi del diritto, e tre anni dopo, nel 1882, ottenne la libera docenza in diritto civile nell'università di Napoli. Iniziò allora presso quella università il suo insegnamento privato, che non volle abbandonare neppure quando, nel 1885,

vinse i concorsi per le cattedre di diritto civile delle università di Perugia e di Macerata, e che continuò con crescente successo, fino a quando, alcuni anni dopo, ebbe nella stessa università di Napoli la cattedra di diritto civile col grado di ordinario.

La fama del Gianturco era venuta infatti crescendo, in guisa che i diciotto studenti da lui raccolti nel primo anno del suo insegnamento nella modestissima casa di via Foria, secondo l'uso allora esistente, erano diventati settecento iscritti al suo corso privato, quando ottenne la cattedra ufficiale, e divennero folla, che si accalcava nel vasto anfiteatro dell'università napoletana, quando egli, titolare di diritto civile, dettava le sue lezioni.

Emanuele Gianturco iniziò la sua carriera di scienziato e di insegnante universitario, in un periodo di crisi degli studi di diritto privato.

Il primato indiscusso, che nel campo del diritto civile e del diritto commerciale l'Italia aveva tenuto per secoli, era già stato perduto da un pezzo. Fin dal principio del XIX secolo la scienza e l'insegnamento del diritto privato erano in Italia in una fase di decadenza; dopochè la continuità della nostra tradizione giuridica era stata interrotta con l'introduzione dei codici francesi, e dei codici calcati sul modello francese.

L'introduzione del diritto francese in Italia aveva infatti paralizzato l'elaborazione nazionale del diritto privato. La grande somiglianza tra i codici di diritto privato vigenti in Italia prima dell'unificazione legislativa, e anche fra i nuovi codici promulgati nel 1865 e i codici francesi, aveva da lunghi anni conferito presso di noi grandissima autorità agli scrittori francesi di diritto civile e commerciale. Già fin dal 1911, in un mio scritto sulla « *Scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni* » (1), io notavo che il magnifico svi-

(1) Inserito nel primo volume di questi « *Studi* », pag. 5 e segg.

luppo della giurisprudenza francese nella prima metà del XIX aveva come abbarbagliato i nostri giuristi; in modo che per lungo tempo si credette in Italia di non poter far opera migliore che adoperare senz'altro gli scrittori francesi in più o meno ben fatte traduzioni; nè dalla promulgazione del codice civile e del codice di commercio del 1865 ebbe impulso notevole la scienza civilistica italiana, perchè alle semplici traduzioni si sostituirono trattazioni italiane condotte più o meno pedestremente sul modello degli esempi francesi. Le imitazioni infatti furono, come spesso accade, infelici, e non potevano non esserlo, giacchè la dottrina francese doveva i suoi pregi migliori, la limpidezza delle soluzioni, l'abbondanza dell'apparato giurisprudenziale, lo spirito pratico, alla splendida e ricchissima giurisprudenza che si era formata nella Cassazione di Francia, giurisprudenza piena di finezza, di senso pratico, di equità, la quale fornì alla dottrina francese un materiale e una guida, che in Italia mancavano ancora completamente.

Ma ben presto anche in Italia si ebbero i segni di un vivo risveglio. Come in molti altri campi, così anche in quello degli studi di giurisprudenza, l'unità e l'indipendenza politica produssero i loro benefici effetti.

Si incominciò con un primo periodo di assimilazione della cultura straniera, reso necessario dall'isolamento scientifico in cui per tanti anni era vissuto il nostro paese, e più ancora dalla dipendenza spirituale, in cui esso, da più di un secolo, si trovava di fronte alla Francia, e che aveva fatto dell'Italia, anche nel campo della scienza del diritto, una provincia francese.

È naturale che questo sforzo di emancipazione si volgesse in un primo tempo verso lo studio della scienza giuridica tedesca, che nella seconda metà del secolo XIX aveva avuto una splendida fioritura, in Italia pressochè ignorata, e che per la diversità del metodo era adatta a correggere i difetti della imitazione francese, e a fare da utile contrappeso alla preponderanza spirituale di questo paese negli studi di diritto.

Nel campo del diritto civile romano e attuale il lavoro di assimilazione e di ricezione della scienza tedesca fu intenso specialmente negli ultimi venticinque anni del secolo passato. E in questo fervore di indagini, che miravano a mettere la scienza italiana al corrente dei risultati ottenuti fuori d'Italia, si peccò qualche volta, ed era forse inevitabile, di esagerazione. All'eccesso della casistica arida e del commentario pedestre, dovuto alla imitazione cieca dei modelli francesi, si sostituì l'amore per l'astrattismo dogmatico proprio dei tedeschi, per cui non di rado si perdè di vista lo scopo di ogni elaborazione giuridica, il quale è e non può essere che pratico.

Emanuele Gianturco iniziò la sua carriera di studioso proprio nel momento in cui i giuristi italiani si avviavano verso la nuova via ad essi segnata dalla scienza tedesca, e in cui più viva ferveva la polemica fra i fautori del vecchio e del nuovo metodo. Egli prese subito posizione. Era laureato da due anni appena, e, disputando sulla questione del metodo, delineò con molta precisione e chiarezza il còmpito della scuola italiana di diritto civile: trarre dalle nuove correnti della vita politica e sociale gli elementi vivificatori dell'indagine giuridica, e questa condurre con metodo sistematico, sostituendo alla pura casistica e al pedestre commentario, la ricerca delle linee generali e direttive degli istituti. Col giusto equilibrio del suo lucido intelletto egli vide i pericoli di ogni imitazione straniera, sia francese sia tedesca, e l'una e l'altra combattè strenuamente, iniziando la formazione di quella scuola italiana di diritto privato, che doveva alcuni anni dopo affermarsi superbamente, e che all'aprirsi del grande conflitto mondiale teneva, specialmente nel campo del diritto romano, il primato in Europa.

Emanuele Gianturco additava ai giuristi italiani l'esempio dei giureconsulti romani e dei loro interpreti italiani del periodo di mezzo, che, come egli giustamente diceva, « si segnalarono sopratutto per il felice connubio della scienza colla pratica, con profonda intuizione dei rapporti intimi fra il diritto e la vita ». E notava altresì che « i rapporti fra la scienza

e la pratica sono così intimi e reali che non è possibile disgiungere », concludendo che « se coloro che attendono agli studi giuridici si dividessero in due distinte e ostili categorie, quella dei discendenti di Rachele (virtù contemplativa) e l'altra dei discendenti di Lia (virtù attiva), la scienza sarebbe ridotta al meschino ufficio di abbuiare le cose semplici, per sottrarle agli sguardi dei pratici e di architettare teorie, divisioni e partizioni astratte, non rispondenti alla realtà viva delle cose ».

Nè si fermò alla predicazione; ma, felicissima tempra di giurista teorico e pratico, con lo scritto « *Delle fiducie* » fece applicazione eccellente del buon metodo da lui sostenuto. Quindi diede alla letteratura italiana il primo volume di un « *Sistema di diritto civile* », rimasto purtroppo incompiuto, che per gli scarsi sussidi di cui l'autore poteva disporre, a causa dello stato di elaborazione della dottrina civilistica italiana, costituì uno sforzo grandissimo e, nei risultati, felice. Seguirono le « *Istituzioni di diritto civile* », che ancor oggi costituiscono la più lucida esposizione elementare del nostro codice civile; quindi la prolusione « *Sull'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale* » e varie importanti monografie.

In tutti questi scritti Egli dimostrò che lo studio del sistema non può andar disgiunto dall'analisi dell'elemento pratico del diritto.

Allo stesso metodo informò il suo insegnamento che fu sempre profondo, vivo e aderente alla realtà.

La esposizione delle dottrine giuridiche Egli animava infatti sempre con l'applicazione a casi concreti, integrando l'insegnamento dogmatico con le esercitazioni su « casi giuridici », che costituirono una vigorosa palestra per l'addestramento dei suoi giovani discepoli. I quali alla scuola, non solo acquistavano cognizioni profonde nel diritto civile, ma affinavano l'intelletto, apprendevano il metodo e formavano il criterio giuridico. La sua scuola fu veramente insigne; basti ricordare che furono suoi discepoli due fra i più illustri giureconsulti che abbia avuto l'Italia, anche essi purtroppo an-

zitempo rapiti alla scienza: Vincenzo Simoncelli e Nicola Coviello. E fu suo discepolo Leonardo Coviello, altro figlio della terra lucana, fertile di ingegni, il quale continua oggi degnamente nell'ateneo napoletano l'insegnamento del suo maestro. E furono suoi discepoli ancora molti giuristi insigni che sulla cattedra, nella magistratura e nel Foro onorano il nostro Paese.

Può dirsi così che l'insegnamento e l'esempio di Emanuele Gianturco siano stati decisivi per la formazione della scuola italiana di diritto civile. Fu in buona parte per suo merito se, pure usando del metodo sistematico condotto dai giuristi tedeschi a sommo grado di perfezione, i civilisti italiani si guardarono dal formalismo eccessivo e dalle astruserie metafisiche della dottrina tedesca, accoppiando all'uso delle generalizzazioni e della sistemazione, lo studio dell'elemento sociale, e una visione più netta della funzione pratica della giurisprudenza.

Ma l'opera di Emanuele Gianturco giureconsulto non si esaurì nella scuola. Parte cospicua di essa è nella attività forense di lui, che fu grandissima e insigne.

Come aveva iniziato la sua carriera di insegnante quasi sconosciuto in una stanza modesta e con pochi uditori, così ugualmente cominciò la sua vita forense senza aiuti di alcun genere, con scarsa e modesta clientela. Ma anche qui le doti di un ingegno privilegiato, la forza di un carattere adamantino superarono ogni ostacolo, e giovanissimo Emanuele Gianturco prese posto rapidamente fra i più grandi avvocati di un Foro, che come quello napoletano, contava campioni insigni. Il suo patrocinio venne sollecitato, in Napoli e altrove, per le cause più gravi, e le aule giudiziarie si affollavano, quando Egli perorava.

L'opera sua di avvocato fu in realtà la continuazione della sua opera di scienziato e di maestro; perchè, come Egli so-

leva dar vita ai principî teorici con l'applicazione concreta ai rapporti sociali, così nel Foro sapeva ricondurre limpidamente ai principî generali le questioni che discuteva e farle servire per l'illustrazione e l'elaborazione scientifica del diritto.

E mai, come da Lui, la toga del difensore fu indossata con maggiore dignità e decoro. Mai come da Lui la professione forense fu esercitata quale puro apostolato. L'avidità del guadagno non lo punse mai; mai volle accettare la difesa di cause, che non gli sembrassero giuste, anche se ritenesse sostenibile in astratto una tesi giuridica, l'applicazione della quale al caso concreto riuscisse non conforme ad equità. Sempre fu pronto a prestare il suo patrocinio gratuito in difesa degli umili, e più volte rifiutò ogni compenso per la difesa di cause interessanti istituzioni di previdenza o di beneficenza, ovvero Comuni piccoli e poveri. La sua nativa Avigliano sa bene con quanto amore e con quanto disinteresse egli fosse pronto a sostenere le ragioni dei suoi concittadini.

Alla gente della sua regione natale, che tanto contributo dava all'emigrazione, Egli volse il pensiero, quando, col vistoso compenso riscosso dalla Società soccombente, nella causa degli emigranti naufraghi del piroscafo «Utopia», volle costituire un fondo per gli emigranti poveri, e collegò a tale benefica istituzione il nome di Colei che fu «la luce, la gioia, il consiglio amoroso della sua vita» e che divenne, dopo la morte di lui, la più gelosa animatrice della sua memoria, il nome di Remigia Gianturco.

***

Come nella scienza e nell'insegnamento e nella professione forense, così fu rapido e trionfale il cammino di Emanuele Gianturco nella vita politica.

Deputato a trentadue anni, egli appartenne alla Camera fino alla morte, eletto costantemente dal collegio di Acerenza, al quale più tardi altri collegi contesero l'onore di averlo rappresentante in Parlamento. Sottosegretario di Stato alla Giu-

stizia, Ministro dell'Istruzione a trentanove anni, due volte Ministro della Giustizia, Vice Presidente della Camera, infine Ministro dei Lavori Pubblici, chiuse la sua carriera a cinquanta anni, quando la morte lo colse, nel momento in cui più ampi orizzonti si aprivano alla sua vita di uomo di Stato e molto aspettava da Lui la Patria.

Della sua attività come deputato fanno fede i discorsi Parlamentari, che per deliberazione della Camera furono raccolti e pubblicati in volume. E gli atti Parlamentari conservano molte dotte relazioni da lui stese fra le quali mi piace ricordare quelle sulla ricerca della paternità, sulla pubblicità dei diritti immobiliari, sui protocolli dell'Aja.

Alla Camera esordì, appena eletto, con un magistrale discorso, che incatenò l'attenzione dei colleghi, sull'azione popolare in materia di pubblica beneficenza. Tema arido, che egli vivificò con profonda e commossa eloquenza. Il primo discorso, fu il primo successo, e d'allora non mancò mai nelle discussioni più gravi il contributo della sua eloquente parola.

Ricordo: il discorso sulle condizioni della magistratura, nel quale vibra ad ogni istante il grande amore per la giustizia, che fu il sentimento più forte della sua vita; il dotto discorso sulla pubblica istruzione, in cui sostenne la necessità di una politica della scuola; il discorso sulla legge delle guarentigie e sulle condizioni del clero, che contiene un organico e completo programma di politica ecclesiastica.

L'elevazione morale ed economica del popolo non fu per lui speculazione politica, ma anelito di un'anima assetata di giustizia. Così tutte le buone e sane riforme lo ebbero apostolo. La disciplina dei contratti agrari e del contratto del lavoro, la repressione della usura, l'emigrazione, l'istruzione pubblica, la colonizzazione interna, il rimboschimento, la navigazione interna, la ricerca della paternità sono tutti argomenti che occuparono la sua attività di legislatore.

Nè esitò mai ad assumere posizione netta, quando erano in giuoco l'autorità dello Stato e il suo prestigio e l'osservanza dell'ordine sociale. Sostenne così le modificazioni pro-

poste alle leggi sulla Pubblica Sicurezza e all'editto sulla stampa dal ministro Pelloux, combattè lo sciopero nei pubblici servizi, invocò una severa disciplina delle associazioni.

L'opera di Emanuele Gianturco, come uomo di Stato, fu insigne. Egli portava dovunque e infondeva nei suoi collaboratori la febbrile operosità, che fu fra le sue virtù precipue, mentre l'ingegno potente e la grande capacità di assimilazione lo rendevano rapidamente padrone delle più ardue materie.

Ministro della Pubblica Istruzione, preparò e fece approvare la riforma della scuola normale, che fu la base delle successive riforme della scuola primaria; provvide al riordinamento degli edifici universitari di Napoli, e sopratutto volle ricondotta la disciplina nelle scuole, e restaurata la dignità e la severità degli studi.

Fu Ministro della Giustizia in due momenti difficili della vita italiana; la prima volta all'epoca degli scandali bancari, che tanta viva passione accesero negli animi; la seconda volta nel periodo che seguì il regicidio di Monza. Ma pure in mezzo alle preoccupazioni quotidiane di quei tempi agitati, Egli trovò modo di dare impulso alle riforme legislative. Iniziò gli studi per la riforma dei contratti agrari e del contratto di lavoro; preparò la riforma della procedura penale; formulò il disegno di legge sulla condizione giuridica dei soldati dispersi nella guerra d'Africa, che costituì la base di tutti i provvedimenti adottati di poi in occasione di calamità nazionali e della grande guerra, e rappresenta sempre la guida per una radicale riforma dell'istituto dell'assenza; stabilì la grazia condizionale; concepì un organico disegno di riforma giudiziaria.

Ma l'opera sua maggiore forse fu quella che egli spese negli ultimi diciassette mesi della sua vita al Ministero dei Lavori Pubblici. Era allora aperto il complicatissimo problema ferroviario. L'improvvisato esercizio di Stato delle Ferrovie, assunto in condizioni deplorevoli, aveva creato una condizione di cose difficile per l'economia nazionale e per il prestigio dello Stato.

Emanuele Gianturco sentì l'importanza del còmpito, che gli era stato affidato e, sebbene non ignorasse il male ineso-

rabile, che minava già la sua esistenza, con saldo senso del dovere dedicò tutte le energie a questa, che doveva essere l'ultima sua fatica.

Quindici giorni di studio intenso e appassionato gli furono sufficienti per acquistare la padronanza completa di tutti i problemi ferroviari, come il più esperto dei tecnici, e per formulare un programma geniale, che, esposto in Consiglio dei Ministri, suscitò la sorpresa e l'ammirazione dei colleghi.

Due mesi dopo Emanuele Gianturco illustrava alla Camera il suo programma. Fra l'universale diffidenza e la malcelata ostilità di molti, nella seduta del 7 dicembre 1906, Egli fece una vigorosa difesa dell'esercizio di Stato, dimostrando, ciò che l'esperienza doveva più tardi riconfermare, che anche lo Stato, purchè preparato tecnicamente nei suoi organi e nei suoi congegni amministrativi, può esercitare le ferrovie con vantaggio della collettività e in modo rispondente alle esigenze economiche di una azienda industriale. La tesi, sostenuta con convinzione profonda e con dottrina incomparabile, trionfò. Il dubbio e la sfiducia caddero, di fronte a quella logica ed appassionata difesa.

In verità per la prima volta il problema ferroviario era posto nella sua integrità organica, come un problema integrale di comunicazioni comprendente tutti i mezzi di trasporto: ferrovie, navigazione marittima e porti, navigazione interna. E per risolverlo Emanuele Gianturco proponeva un complesso di provvedimenti importanti e la spesa per quei tempi colossale di novecento milioni.

Approvato il programma, seguì un intenso lavoro per la ricostituzione delle ferrovie: riscatto delle linee meridionali, sistemazione del personale, riordinamento amministrativo dell'azienda, programma particolareggiato dei lavori, sistemazione dei porti.

Emanuele Gianturco apparve in questo momento come uno dei nostri maggiori uomini politici, su cui si potesse contare per la direzione dello Stato. Ma la mano fredda della morte era già tesa sopra di Lui. Ed Egli, che lo sapeva, insistette

perchè si nominasse senz'altro il suo successore. Pochi giorni dopo, il 10 novembre 1907, a cinquanta anni appena, Emanuele Gianturco moriva serenamente e fortemente, come chi sa di aver compiuto il suo dovere.

Questa per somme linee, la multiforme attività di Emanuele Gianturco nella sua giornata, che fu breve, ma irradiata tutta dalla luce fulgida dei più alti ideali.

Conservò Egli infatti in ogni tempo la originaria semplicità della vita. Gli onori, la gloria non lo turbarono. Fu inflessibile con sè, giusto con gli altri. Mai indulse all'opportunità, nè si piegò ad infingimenti. Passò prodigando i tesori del suo intelletto e del suo cuore.

Delle sue umili origini non si adontò, ma ebbe l'orgoglio di nobilitarle col suo lavoro. Questo orgoglio santissimo fu in lui sì forte, che lo indusse a declinare il conferimento del titolo di Marchese che il Presidente del Consiglio on. Di Rudinì aveva in animo di proporre per lui al Sovrano.

La sua profonda fede religiosa non nascose in nessuna occasione, quando era comune l'ostentazione della incredulità. Deprecò l'anticlericalismo volgare, così comune ai suoi tempi, ed auspicò non lontano il giorno « che di un palpito armonioso battano le due grandi corde dell'animo umano, la fede e la Patria ».

Ma tali sentimenti non gli impedirono di essere sempre fiero difensore dei diritti dello Stato. Da deputato richiese la precedenza obbligatoria del matrimonio civile. Da Ministro fu fermo nel far riconoscere il diritto di regio patronato sul Patriarcato di Venezia.

Mai dimenticò gli stenti e le privazioni dei suoi giovani anni e con gli altri fu caritatevole, sensibile a tutte le miserie, largo di consiglio e di incoraggiamento, e quando potè, di danaro. Per gli umili sostenne molte battaglie, propugnando riforme che ne elevassero le condizioni; ma mai indulse alla

demagogia. Voleva strappato il velo « ai falsi profeti », « agli apostoli delle funeste utopie », i quali « il privilegio della sollecitudine per gli umili si arrogano a scopo di partito ». Chiaramente affermò doversi rintracciare « nella solidarietà umana, non nella lotta di classe, le nuove regole della vita sociale ». Sempre volle incontrastata l'autorità e forte il prestigio dello Stato, nè, come ho detto, esitò a sostenere, per rafforzare lo Stato, i provvedimenti di rigore proposti dal ministro Pelloux.

La sua concezione infatti dello Stato fu profondamente sociale; combattè così, con intuito geniale della loro sostanziale identità, tanto l'individualismo quanto il socialismo, entrambi dissolvitori della Società e dello Stato, di cui affermava « il dovere di difendere sè stesso e tutti gli altri organismi etici dalle continue aggressioni della personalità individuale, che dopo aver rivendicato i suoi diritti, minaccia di usurpare gli altrui ».

Nella famiglia vide la base dello Stato e combattè il divorzio. « La famiglia, egli diceva, è l'unico organismo, il quale abbia resistito finora all'individualismo invadente, il quale, col divorzio, scalzate le basi dell'istituto famigliare, scalzerebbe in breve ora anche quelle dello Stato ». E, ponendo in rilievo il contenuto sociale ed etico del matrimonio, affermava, precorrendo la dottrina fascista, il « dovere dell'individuo di compiere i più santi sacrifici della propria persona e dei propri affetti nell'interesse sociale della famiglia e dello Stato ».

Da questi rapidi cenni del pensiero politico di Emanuele Gianturco è facile rilevare che Egli mal potrebbe esssere inquadrato in alcuno dei partiti politici, che dominavano allora la vita italiana. Egli fu, per più di un aspetto, un precursore. La sua dottrina dello Stato fu infatti appunto la dottrina della socialità, che oggi il fascismo ha bandito. Dottrina lontana così dall'individualismo liberale democratico, come dal pseudo-collettivismo socialista, materialista, e perciò, in ultima analisi, individualista anche esso.

Non era infatti liberale Emanuele Gianturco, che considerava un anacronismo « lo Stato apata delle sofferenze dei suoi

cittadini, indifferente alle lotte della vita» e proclamava che lo Stato deve «nelle crude lotte per l'esistenza attenuare i contrasti e gli attriti, non rimanere sempre spettatore nelle battaglie della concorrenza».

Nè, malgrado che venisse dal popolo e ai bisogni e alle sofferenze del popolo avesse sempre rivolto l'animo suo, Emanuele Gianturco fu socialista: al contrario, deprecò la lotta di classe e affermò la forza pacificatrice del diritto. «La lotta di classe, egli diceva, non può essere lo Stato permanente della nostra vita; è necessità che l'armonia sia ristabilita, e questo è compito del diritto, che tutto compone, tutto coordina, tutto avvia per la grande strada del progresso e della fratellanza umana». Io sono certo che la grande riforma sociale operata dal Governo fascista con l'organizzazione legale delle forze del lavoro, il divieto della autodifesa di classe e l'istituzione della magistratura del lavoro, già adombrata in queste parole del Gianturco, avrebbe trovato in Lui il più fervido e il più tenace assertore.

La dottrina politica e sociale del fascismo parrebbe dunque, in parecchi punti, ricollegarsi al pensiero politico e sociale di Emanuele Gianturco. Ma questa coincidenza non deve soltanto dirsi frutto della intuizione di un potente intelletto. Essa è dovuta anche al fatto che il movimento fascista deriva dalle più profonde radici del popolo italiano, il quale, liberato dalla secolare schiavitù delle ideologie straniere, ha finalmente ritrovato sè stesso, e che Emanuele Gianturco venne appunto dal popolo, ne raccolse gli intimi palpiti nel suo buon sangue, e li conservò intatti in mezzo alla tristizia dei tempi e alle deformazioni delle ideologie straniere.

Emanuele Gianturco fu detto «l'uomo dalle molte anime»; ma in verità le «sue molte anime» non furono che aspetti di un'anima sola, quella del popolo italiano, che in lui vibrava intatta e pura, quale era stata espressa dalla storia millenaria di nostra gente.

LA NUOVA DISCIPLINA DEL LAVORO E LO STATO CORPORATIVO *

* *Gerarchia,* 1926.

La legge 3 aprile 1926, n. 563, sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi del lavoro segna in modo preciso le linee fondamentali di un sistema, il quale, comprendendo il riconoscimento giuridico delle associazioni sindacali, la loro organizzazione sotto il controllo dello Stato, la rappresentanza da parte di ciascuna delle associazioni di tutta la categoria di datori di lavoro o di lavoratori, per cui essa è costituita, la regolamentazione dei contratti collettivi di lavoro, l'ordinamento della magistratura del lavoro come vera giurisdizione, infine il divieto della serrata e dello sciopero considerati e puniti come reati, costituisce un insieme organico e compiuto di norme atte a far rientrare nell'orbita dello Stato il fenomeno sindacale ed ottenere la pacifica e giuridica risoluzione dei conflitti del lavoro.

Tuttavia, come è naturale, la legge non sancisce che le norme fondamentali della disciplina giuridica del lavoro. Essa pone i capisaldi del grande edificio, ma lascia allo sviluppo ulteriore del sistema la determinazione dei particolari della riforma. Tale sviluppo richiedeva di necessità l'emanazione di un certo numero di disposizioni legislative, che la legge del 3 aprile 1926 aveva previsto, demandando, con esplicita delegazione, al Governo del Re, la facoltà di formulare.

Così l'art. 2 delega al Governo la facoltà di rivedere le leggi che regolano gli ordini o collegi di professionisti liberi; l'art. 10 rimette al Governo l'emanazione delle norme sulla

stipulazione e sugli effetti dei contratti collettivi di lavoro; l'art. 11 stabilisce che con separate disposizioni sarà provveduto a regolare la condizione giuridica delle Associazioni di dipendenti dello Stato e di altri enti pubblici; l'art. 15 deferisce al Governo la determinazione delle norme circa la formazione degli albi dei consiglieri esperti della magistratura del lavoro; l'art. 16 attribuisce al Governo la facoltà di stabilire le norme di procedura davanti alla magistratura del lavoro; e infine l'art. 23, con una disposizione di carattere generale contenente un'ampia delegazione legislativa, autorizza il Governo del Re a dare per Regio decreto tutte le disposizioni necessarie per l'attuazione della legge 3 aprile 1926 e per il suo coordinamento con tutta la restante legislazione del Regno.

Siamo così in presenza di un'ampia delegazione legislativa, la quale non verte soltanto sui punti particolari indicati nei vari articoli della legge, ma su tutta la materia di essa, giacchè la facoltà di dettar norme per l'attuazione e per il coordinamento della legge, concessa nell'art. 23, ha una portata generale e non trova altri limiti se non negli scopi di attuazione e di coordinamento voluti dal legislatore. I principi fondamentali sono dunque quelli posti dalla legge, ma tutto il loro ulteriore svolgimento è lasciato al prudente arbitrio del potere esecutivo.

Le norme di attuazione pertanto, che il Governo, esercitando la facoltà conferitagli dalla legge, ha emanato col decreto 1 luglio 1926 n. 1130, hanno carattere legislativo e non semplicemente regolamentare. Si tratta proprio di un regolamento legislativo, come viene qualificato nell'art. 103 del decreto medesimo.

Norme legislative adunque, ma norme integrative o complementari della legge 3 aprile 1926, la quale ne rimane sempre il presupposto e il fondamento; per tale ragione nelle norme non sono state riprodotte le disposizioni della legge, come è mal vezzo della burocrazia, che nei regolamenti suol inserire spesso integralmente le norme delle leggi, mescolando

insieme e insieme confondendo disposizioni di diverso valore giuridico.

Rimane dunque ben fermo che le norme di attuazione approvate col decreto del 1º luglio non contengano tutta la disciplina legislativa nei rapporti collettivi del lavoro, ma hanno soltanto lo scopo di integrare la legge; alla quale pertanto si deve sempre far capo nella applicazione e nella interpretazione delle disposizioni testè promulgate.

Le difficoltà, che si sono dovute vincere nella formulazione delle norme di attuazione della legge 3 aprile 1926, sono state notevoli. La legge aveva dettato in pochi articoli alcune regole fondamentali, dando vita ad una serie di istituzioni nuove, fino ad oggi o ignorate o malamente confuse con altre forme del diritto pubblico e privato, e aveva posto principii non solo per l'innanzi estranei al diritto costituito, ma spesso con quello contrastanti. D'altro canto poco o punto poteva soccorrere l'esempio delle legislazioni straniere, nessuna delle quali disciplina il fenomeno sindacale e risolve il problema dei rapporti fra capitale e lavoro nella sua integrità. Nè deve tacersi che lo stato stesso della organizzazione in Italia, sorta e per lunghi anni mantenutasi sotto l'influsso di idee errate e solo dall'avvento del Governo Fascista riformatasi, un pò tumultuariamente, secondo le esigenze delle necessità immediate, moltiplicava le difficoltà, ponendo innanzi al legislatore una materia, che non era sempre agevole racchiudere entro il quadro di un'organica disciplina.

Il sistema creato con le norme del Decreto del 1º luglio 1926 segue fedelmente il disegno già contenuto embrionalmente nella legge, ma lo sviluppa, lo definisce, lo coordina con tutta la legislazione di diritto pubblico e privato vigente. Si tratta di un tentativo ardito e nuovo di sistemazione di una materia ritenuta fino a poco tempo fa ribelle ad ogni disciplina giuridica. La sistemazione è contenuta in otto titoli e 103 articoli, pochi se si considera l'importanza, la vastità e la difficoltà della materia. Nelle norme è prevista l'emanazione di altre disposizioni di carattere regolamentare

ma già il sistema oggi formato è così compiuto, da consentire senz'altro il funzionamento immediato di tutti gli istituti giuridici creati dalla legge. Sarà anzi, io penso, opportuno consiglio quello di non affrettare la pubblicazione di tali norme di dettaglio, ma di attendere che l'esperienza riveli le ulteriori necessità dell'organizzazione e determini le forme dell'ulteriore intervento dello Stato nella regolamentazione del sistema.

*
* *

Il primo titolo delle norme è destinato a disciplinare le associazioni sindacali unitarie o di primo grado; il secondo le associazioni di grado superiore (federazioni e confederazioni); il terzo gli organi centrali di collegamento o corporativi; il quarto disciplina i contratti collettivi di lavoro; il quinto regola le controversie collettive del lavoro e quindi la magistratura del lavoro e la sua giurisdizione, il sesto detta norme per le associazioni di dipendenti dello Stato e di altri enti pubblici; il settimo coordina la legge 3 aprile 1926 col codice penale; l'ottavo stabilisce alcune norme transitorie e finali.

Tutte le disposizioni trovano nella legge i loro fondamenti, perchè questa, pur nella sua brevità, contiene in germe tutti i principii che le norme di attuazione sviluppano.

Così la distinzione fra le associazioni sindacali unitarie o di primo grado superiore (federazioni e confederazioni), che le norme di attuazione svolgono, dedicando due distinti titoli alle une e alle altre, risponde alla realtà delle cose, perchè la molteplicità delle specie di imprese e delle categorie di lavoratori e l'ampiezza del territorio in cui esse operano, implica, da un canto una specificazione di organizzazione, dall'altro un raggruppamento in organizzazioni superiori; ma essa si trova già nell'art. 6 della legge. L'art. 6 accanto alle associazioni semplici od unitarie consente il riconoscimento legale delle federazioni, e, in una serie di disposizioni, regola la condizione giuridica di queste associazioni superiori

ed i loro rapporti con le associazioni inferiori. Così gli organi di collegamento o corporativi regolati nel titolo 3° sono già previsti dall'art. 3 della legge, e le loro funzioni sono a larghi tratti già delineate nel terzo comma dell'art. 10 e nel secondo comma dell'articolo 17; così la disciplina dei contratti collettivi di lavoro, contenuta nel titolo 4° è già in embrione nell'art. 10 della legge. Così l'organizzazione della magistratura del lavoro e i principii fondamentali che ne regolano la giurisdizione si trovano negli art. 13 a 17 della legge. Così la disciplina delle associazioni di dipendenti dello Stato e di altri enti pubblici contenuta nel titolo 6° ha la sua base nelle disposizioni degli art. 11, 12, 19 e 20 della legge. Così infine le disposizioni penali del titolo 7° non sono che il coordinamento delle norme penali contenute nell'articolo 18 con quelle del codice penale vigente.

I primi tre titoli del regolamento sono dedicati alla organizzazione delle forze della produzione e del lavoro. È questa la parte che ha suscitato maggiore interesse e maggiori discussioni, per quanto nell'economia del documento legislativo non sia la più importante. Se si pensa infatti che sono passate senza contrasto le disposizioni del titolo quarto, che regola i contratti collettivi di lavoro, quelle del titolo quinto sulle controversie collettive del lavoro e la magistratura del lavoro, e quelle del titolo settimo integranti la repressione penale della serrata e dello sciopero già contenuta nella legge 3 aprile 1926 e nel codice penale; disposizioni veramente fondamentali con cui vieneso stituita la collaborazione di classe e la giurisdizione di Stato alla autodifesa di classe, può meravigliare a prima vista che tanto calore di discussioni e di critiche si sia invece concentrato su quella, che in fondo non era che la premessa della riforma, cioè sul problema organizzativo. Ma si deve considerare che, in realtà, la riforma operata dal Governo fascista con la legge 3 aprile 1926, se fondamentalmente mira a risolvere il problema della lotta di classe mediante la collaborazione degli interessati e l'intervento della giustizia di Stato, contiene però in germe anche un'altra ri-

forma, quella dell'organizzazione della società italiana a base professionale.

Non vi è dubbio che dei due problemi affrontati dalla legge 3 aprile 1926 il più urgente era appunto quello che ne costituiva l'oggetto principale: l'assicurazione della pace sociale mediante la eliminazione dell'autodifesa di classe. Più urgente in realtà nel campo legislativo che nel campo pratico, perchè se la legislazione italiana anteriore alla legge, ispirata tutta ai principii dell'agnosticismo liberale, lasciava giuridicamente libero il campo alla più violenta e disordinata autodifesa di classe, reputata perfettamente lecita e legittima, dopo l'avvento del fascismo e dopo la diffusione e il consolidamento del sindacalismo nazionale, avvenuta, per merito degli organizzatori fascisti, e specialmente dell'on. Rossoni, l'autodifesa di classe, nelle sue forme più incomposte ed anarchiche, era di fatto cessata, e vi si era sostituito quasi dovunque e quasi sempre il regime degli accordi, cioè della collaborazione. Il progresso era stato anzi tale in questo campo, che negli ultimi tempi si può dire che gli scioperi e le serrate fossero divenuti un cattivo ricordo degli anni tristi dell'anarchia.

Dal punto di vista pratico, pertanto, il problema dell'eliminazione dell'autodifesa di classe poteva anche apparire già risoluto. Si trattava, è vero, di un puro stato di fatto, connesso alle contingenze del momento politico e perciò stesso instabile, bisognoso quindi di un consolidamento legale e di una disciplina giuridica capace di renderlo definitivo e indipendente dalla buona volontà degli uomini. Ma sul terreno dei fatti in verità non vi era più questione: l'epoca dell'autodifesa di classe appariva in Italia superata.

Invece si apriva proprio in questo periodo un altro problema: quello dell'organizzazione legale delle classi produttrici e della loro partecipazione, come tali, alla vita dello Stato. Problema questo che nè il liberalismo, nè la democrazia, nè lo stesso socialismo avevano mai posto, sembrando ad essi sufficiente il regime del suffragio universale indifferenziato,

introdotto dalla rivoluzione francese, e ormai accolto senza contrasto in tutto il mondo civile.

In verità il sistema democratico dell'atomismo suffragistico, che ignorava il produttore e conosceva solo il cittadino, attribuendo a ciascun uomo come tale tutti i diritti, e livellando perciò tutti gli uomini sotto il comun denominatore del cittadino, se aveva potuto in un primo momento servire a distruggere un'organizzazione sociale e politica, come era quella del secolo XVIII, sorpassata dalla evoluzione sociale ed economica del tempo, non aveva avuto nessuna virtù ricostruttrice. Essa partiva da una concezione fondamentalmente erronea della vita sociale, che disconosceva la natura organica della società, le differenze necessarie tra gli uomini, il loro diverso valore e la diversità delle funzioni a ciascuno affidate nel complesso e multiforme meccanismo della vita sociale. Il giorno, in cui il sistema era stato condotto alle sue estreme conseguenze e aveva prodotto gli estremi danni, minacciando di travolgere in una universale anarchia tutta la moderna civiltà, il problema di una riorganizzazione della società e dello Stato, non più sulla base dell'atomismo individualistico della filosofia della rivoluzione francese, ma sulla base di una visione organica della società, si poneva nettamente. E, ristabilito oramai l'ordine sociale turbato da una lotta incomposta durata cento anni, incominciava la fase della ricostituzione dello stesso assetto sociale, con i suoi immancabili riflessi sull'assetto politico dello Stato.

Tutto ciò spiega a sufficienza come l'interesse più grande della riforma realizzata con la legge 3 aprile 1926 si sia concentrato sulla nuova organizzazione delle forze produttive, e come le più importanti discussioni, a cui abbia dato luogo il regolamento di attuazione della legge, si siano svolte appunto intorno alle disposizioni che disciplinavano tale organizzazione.

Il regolamento ha affrontato infatti anche il problema organizzativo. Esso non poteva dimenticare la ragione fondamentale che determinò la legge 3 aprile 1926, nè lo scopo

essenziale che essa si proponeva: la fine dell'autodifesa di classe e la risoluzione pacifica dei conflitti del lavoro. Ma il regolamento ha tenuto conto altresì dell'altro problema, la cui risoluzione costituisce tuttora un punto fondamentale della sistemazione fascista della società e dello Stato: la organizzazione delle forze sociali dal punto di vista delle loro funzioni, e la loro inserzione nello Stato. Questo secondo problema non è stato risoluto totalmente dal regolamento, nè lo poteva; ma è stato affrontato, ed in parte anche risoluto, se pure i principii posti in questa materia abbiano bisogno di ulteriori svolgimenti e di più ampie applicazioni. Sarà questo il compito di altre provvidenze legislative; la sistemazione fascista è così profondamente innovatrice, che essa non può essere l'opera nè di un giorno, nè di un anno.

Il regolamento intanto, tenendo presenti i due problemi, quello principale della pacificazione sociale, e quello, per ora secondario, della organizzazione delle forze produttive, ha creato una doppia organizzazione.

Una prima organizzazione, disciplinata nei due primi titoli del regolamento (art. 142) è quella che io ho definito organizzazione verticale. Essa ha carattere strettamente sindacale, si riferisce cioè eslusivamente alla posizione che gli associati hanno nel processo produttivo. Si tratta perciò di una organizzazione di categoria, comprendente per ciascuna categoria solo datori di lavoro o solo lavoratori. I vari elementi della produzione sono qui considerati come titolari di interessi separati, e quindi eventualmente in contrasto. Sotto il punto di vista sindacale, l'organizzazione comprende associazioni unitarie o di primo grado, che sono gli elementi semplici di essa, e organizzazioni superiori, che comprendono più associazioni unitarie.

Le organizzazioni superiori sono di secondo grado, quando vengono costituite direttamente da più associazioni unitarie; di terzo grado, quando sono costituite da più associazioni di secondo grado; di quarto grado, quando comprendono più associazioni di terzo grado, e via dicendo.

Le associazioni di secondo grado si sogliono chiamare federazioni; quelle di terzo grado o di grado superiore confederazioni. Questa è appunto la terminologia adottata dal regolamento, il quale ammette il riconoscimento delle federazioni, sia nazionali sia locali (art. 41 primo comma) e delle confederazioni, sia locali, sia nazionali, sia generali (art. 41 secondo e terzo comma).

La gerarchia pertanto tra le organizzazioni si stabilisce nel seguente modo. Più associazioni unitarie formano una federazione, la quale può essere locale (circondariale, provinciale, regionale) o nazionale. In tal modo si riuniscono tutti i datori di lavoro o tutti i lavoratori di una determinata categoria, di una determinata circoscrizione (federazione circondariale, provinciale, regionale) o di tutta l'Italia (federazione nazionale). Non è affatto necessario che il raggruppamento degli elementi di una determinata categoria nelle circoscrizioni più vaste, e anche in tutta l'Italia, sia fatto in via federativa; esso può avvenire anche mediante la costituzione di associazioni unitarie. È quindi ammissibilissimo che una determinata categoria sia organizzata provincialmente, regionalmente, e anche nazionalmente in una associazione unitaria. Il ricorrere all'organizzazione federativa o all'organizzazione unitaria è questione di tecnica sindacale, che va rimessa di regola al prudente arbitrio degli organizzatori, e che potrà essere risoluta nell'uno o nell'altro senso, secondo il carattere della categoria, la natura dei suoi interessi e il numero delle persone che vi appartengono.

Più federazioni si uniscono in una confederazione, la quale comprende perciò più categorie di datori di lavoro e di lavoratori, i quali rappresentano così una o più categorie di imprese o anche un determinato ramo della produzione. La confederazione può essere locale (provinciale, regionale) o anche nazionale. Nulla vieta che si formino sia confederazioni locali, sia confederazioni nazionali, in modo che più confederazioni provinciali o regionali si riuniscano in una confederazione nazionale. È anche possibile che una confederazione

nazionale comprenda insieme federazioni e associazioni unitarie. La confederazione nazionale non può formarsi di regola che per determinati rami della produzione espressamente contemplati dal regolamento. Questo all'art. 41 prevede il riconoscimento di tredici confederazioni nazionali, sei per i datori di lavoro, sei per i lavoratori ed una per gli esercenti una libera attività. Le sei confederazioni nazionali di datori di lavoro o di lavoratori sono raggruppate secondo i sei principali rami di produzione economica: industria, agricoltura, commercio, trasporti marittimi ed aerei, trasporti terrestri e della navigazione interna, banche. Accanto alle dodici confederazioni nazionali distinte per rami di produzione è prevista la costituzione di una tredicesima confederazione nazionale degli artisti e professionisti.

Questo schema non è rigido, nel senso che il regolamento ammette la possibilità per l'avvenire del riconoscimento di altre confederazioni nazionali, pur circondando tale riconoscimento di particolari garanzie, in quanto richiede uno speciale R. Decreto di autorizzazione da emanarsi, sentito il Consiglio dei Ministri e il Consiglio Nazionale delle Corporazioni (articolo 41 terzo comma).

Il regolamento in ultimo prevede la formazione di confederazioni generali. La confederazione generale può comprendere tutti i datori di lavoro o tutti i lavoratori, quindi si può estendere a tutti i rami della produzione. La confederazione generale così come la confederazione semplice può essere locale o nazionale. Si risolve in tal modo il problema della organizzazione unitaria provinciale, sia dei datori di lavoro sia dei lavoratori. Tale organizzazione provinciale si potrà realizzare in due modi: o con la formazione di una confederazione generale provinciale, comprendente tutte le organizzazioni provinciali sia di datori di lavoro, sia di lavoratori e con la loro riunione nella rispettiva confederazione generale nazionale; ovvero anche con la formazione di una confederazione generale nazionale avente un proprio ufficio in ogni provincia. Anche questa è questione di tecnica or-

ganizzativa, la cui soluzione va rimessa di regola al prudente arbitrio degli organizzatori; i quali potranno scegliere la forma più accentrata della sola confederazione nazionale con uffici locali, ovvero la forma più decentrata delle confederazioni generali locali riunite in una confederazione generale nazionale.

Il regolamento ammette due tipi di confederazioni generali; una per i datori di lavoro, ed una per i lavoratori e gli esercenti una libera attività. Essa vuole in tal modo rispettare lo stato di fatto esistente, quella che si suol chiamare la unità sindacale, che è stata realizzata per le varie specie di lavoratori. Ma anche questo schema non è rigido, perchè il regolamento (art. 41, terzo comma) prevede la possibilità, ove se ne manifesti il bisogno, di un frazionamento futuro anche delle confederazioni generali, con le stesse garanzie stabilite per il riconoscimento di altre confederazioni nazionali, oltre le tredici prevedute dal regolamento.

Come si vede, alla organizzazione propriamente sindacale sono riservate le denominazioni di sindacato o associazione sindacale, di federazione e confederazione di associazioni sindacali. Nel campo sindacale non appare ancora la parola corporazione. Ed è naturale. La corporazione è l'organizzazione integrale di tutti i fattori della produzione; il nome di corporazione pertanto non può essere applicato alle organizzazioni sindacali, che raggruppano solo datori di lavoro o solo lavoratori. So bene che nella pratica del sindacalismo fascista si è dato spesso il nome di «corporazione» ad associazioni che avevano in realtà solo carattere sindacale. L'aspirazione del sindacalismo fascista, in realtà, è stata sempre per la corporazione integrale. Nel suo concetto la riunione di tutti i fattori della produzione, non soltanto realizzava le massime possibilità della collaborazione nel campo dei conflitti del lavoro, ma costituiva la base migliore per la riorganizzazione sociale sulla base delle funzioni economiche. Ed io credo che questa tendenza sia giusta. In un mio vecchio scritto, pubblicato nell'*Idea Nazionale*, settimanale del 23 maggio 1914, io misi innanzi, credo per il primo, non solo l'idea della cor-

porazione integrale, ma anche il nome di corporazione. In quello scritto io dicevo « e noi proponiamo addirittura di sostituire il nome nostro a quello straniero e di parlare addirittura di corporazioni. Le corporazioni, che furono travolte dall'individualismo della filosofia giusnaturalistica e dall'egualitarismo della rivoluzione francese, possono ben rivivere nella concezione sociale del nazionalismo italiano. Nelle corporazioni dunque non l'assurda eguaglianza, ma la disciplina delle differenze, nelle corporazioni tutti i partecipi della produzione affratellati in una vera, opportuna e feconda fraternità di classe ».

Ma le difficoltà pratiche dell'organizzazione integrale di tutti gli elementi della produzione erano fino a ieri grandissime e anche il sindacalismo fascista non è riuscito a vincerle. Esso dunque si è dovuto contentare, come auspicio e come programma, di dare alle sue organizzazioni sindacali il nome di corporazione. Doveva intervenire lo Stato, perchè tutti gli elementi della produzione accettassero di porsi sotto un'unica disciplina. E si comprende come l'idea di una organizzazione unitaria e di una disciplina unica spaventasse i datori di lavoro, quando la corporazione doveva di necessità realizzarsi fuori dello Stato, in un regime di libertà pieno di pericoli. Il regolamento sindacale del 1° luglio 1926 ha vinto tutte le dubbiezze e dissipato tutti i timori, organizzando la corporazione, non più come un'associazione vivente fuori dello Stato, ma come un organo dello Stato.

Il titolo terzo del regolamento (art. 42-47) è dedicato appunto agli organi di collegamento tra le varie associazioni sindacali, preveduti dall'art. 3 della legge, che esso definisce in linee precise, e a cui dà il nome di corporazioni. D'ora innanzi pertanto questo nome non potrà più essere adottato dalle organizzazioni sindacali, e sarà riservato agli organi di collegamento fra le varie associazioni sindacali, che per ciascun ramo della produzione, o anche per una determinata categoria di imprese saranno creati presso il Ministero delle Corporazioni.

La corporazione, proclama l'art. 43, non ha personalità giuridica, ma è un organo dell'amministrazione dello Stato. Essa è costituita con decreto del Ministro delle Corporazioni, ed ha una organizzazione molto elastica, che viene determinata volta per volta nello stesso decreto di costituzione (art. 43 primo e secondo comma). Rimane dunque ben chiaro che la corporazione, per quanto organo dello Stato, non ha una complicata organizzazione burocratica, ma è governata da un consiglio, formato dai rappresentanti delle varie organizzazioni sindacali riunite nella corporazione ed è diretta da un presidente, scelto dal Ministro delle Corporazioni. Il presidente evidentemente non sarà, salvo casi eccezionali, un funzionario; sarà, a mio avviso, una personalità di indiscusso valore e di grande autorità nel ramo di produzione o nel gruppo di imprese, per cui la corporazione è costituita.

La corporazione, secondo il regolamento (art. 42), si può costituire per un determinato ramo della produzione o per una o più determinate categorie di imprese. In tal modo si ammette la specializzazione della corporazione. È prevista, per tanto, la possibilità di costituire, accanto alle grandi corporazioni generali dell'industria, dell'agricoltura, del commercio, dei trasporti marittimi, dei trasporti terrestri, delle banche, anche corporazioni specializzate per determinate specie di industrie o di commercio, o per determinate attività agricole; per esempio una corporazione dell'abbigliamento; una corporazione della alimentazione, una corporazione del teatro.

La corporazione ha carattere nazionale, dice l'art. 42. Ma ciò non toglie che essa possa avere anche uffici locali, come prevede espressamente l'art. 43. Tali uffici locali saranno di regola provinciali e potranno trovar sede opportuna presso il Consiglio provinciale dell'economia.

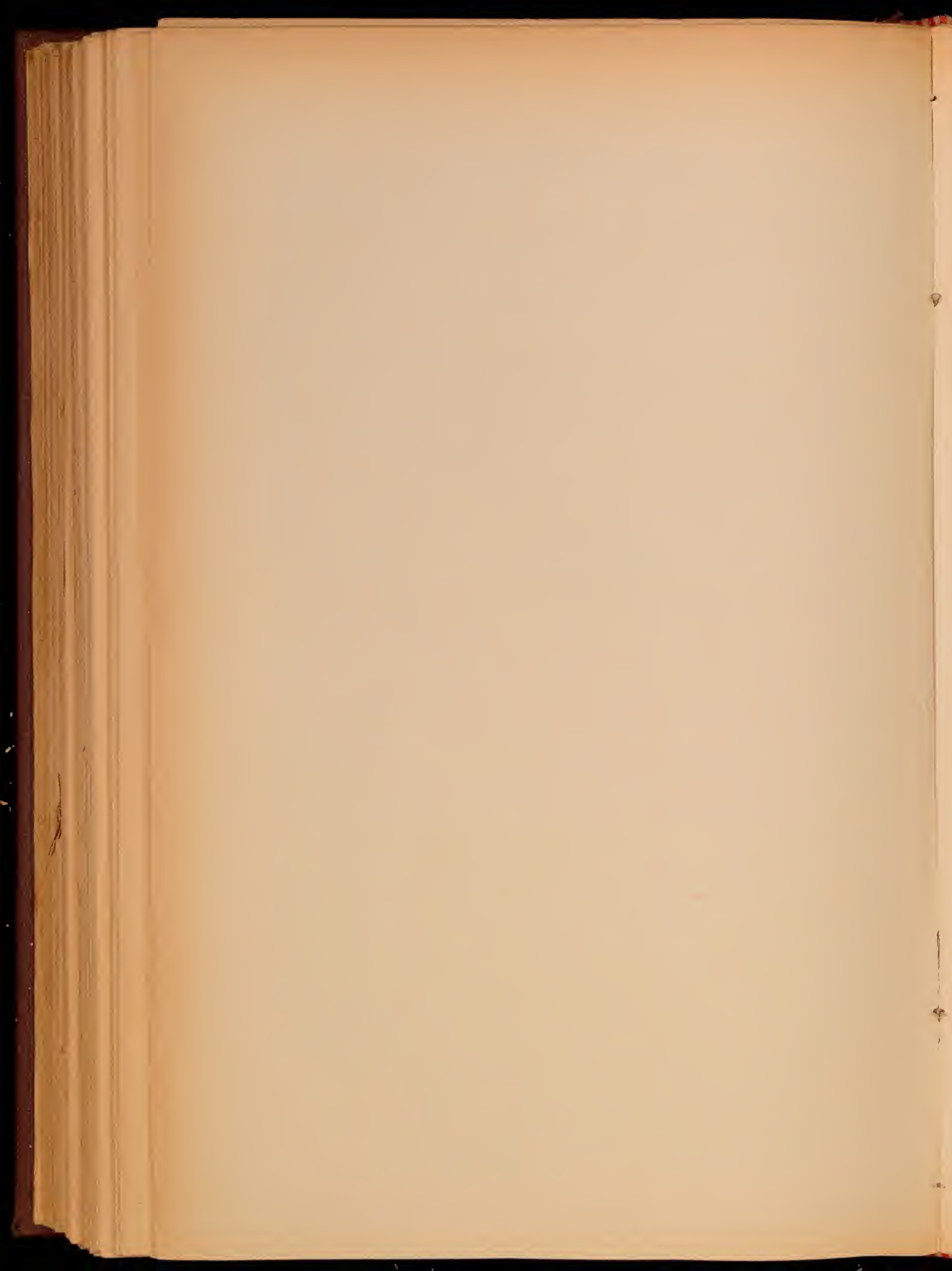
Si realizza, per tal modo, accanto all'organizzazione verticale sindacale, un'organizzazione orizzontale, corporativa. Tutte e due coesistono, l'una per la tutela degli interessi separati dei vari elementi della produzione, l'altra per la tutela degli

interessi comuni di ciascun ramo della produzione e di ciascun gruppo di imprese.

In questa duplicità di organizzazione si integra, realizzandosi, il doppio scopo a cui la legge 3 aprile 1926 e il relativo regolamento mirano; la risoluzione pacifica dei conflitti del lavoro e la organizzazione, entro lo Stato, delle forze della produzione.

L'esperienza dirà se questo sistema, nel quale si realizza la concezione fascista della società e dello Stato, risponde anche pienamente, come io credo, alle esigenze della vita sociale, economica e politica dell'Italia moderna. Una delle conseguenze più immediate, che ne deriveranno, sarà l'introduzione della rappresentanza corporativa nei grandi organi costituzionali dello Stato, e specialmente nel Senato. Ma altri sviluppi ancora avrà il sistema che il fascismo ha creato. Prevederli tutti non è possibile, ma è possibile fin d'ora affermare che da essi non solo lo Stato, ma tutta la società italiana usciranno rinnovati profondamente.

CONCETTO E FORME DELLA COOPERAZIONE.*

* *La Stampa*, 1931.

I.

Produzione e cooperative.

È passato un secolo da che in Inghilterra i « Pionieri di Rochdale » costituirono la prima cooperativa di consumo e da allora molte illusioni e molte delusioni si sono prodotte fra gli studiosi e i pratici del fenomeno cooperativo. Vi fu un'epoca in cui sembrò che la cooperazione potesse divenire addirittura lo strumento più efficace di una pacifica soluzione della questione sociale. L'entusiasmo fu grande anche in Italia e la nuova religione ebbe fra noi i suoi apostoli e i suoi profeti, fra cui il più illustre, Luigi Luzzatti, non è che da poco scomparso. Poi della cooperazione s'impadronirono i politicanti, socialisti e popolari, e non tardò il fallimento. Gli anni che seguirono la guerra segnarono il culmine del disordine in questo campo e diffusero in tutta l'Italia la diffidenza e la sfiducia di fronte al fenomeno cooperativo. Male amministrate, le cooperative divorarono centinaia di milioni e Matteo Pantaleoni potè a ragione sferzare lo sfruttamento indegno che i demagoghi rossi e neri avevano fatto dell'idea cooperativa. Il Fascismo trovò anche qui un mucchio di rovine, e appena giunto al potere si accinse all'opera difficile di restaurazione. Perchè in verità la cooperazione non merita nè le eccessive speranze che si erano in essa riposte, nè la sfiducia che in ultimo la malafede e la inettitudine dei suoi fautori le avevano procurato.

L'impresa cooperativa si differenzia dall'impresa capitalistica per ciò che l'organizzazione della produzione è in essa

fatta da coloro stessi che hanno bisogno dei prodotti dell'impresa ovvero dagli stessi lavoratori impiegati nell'impresa. Per ben comprendere il fenomeno cooperativo bisogna tener presente la nozione di impresa, non quale ci viene data dalla scienza economica, ma come è invece scolpita dal codice di commercio negli articoli che regolano gli atti di commercio. Il codice di commercio, partendo dall'idea del commercio come funzione intermediaria degli scambi e quindi dell'impresa commerciale come quella organizzazione produttiva che si interpone fra produttori e consumatori per agevolare lo scambio dei beni, allarga progressivamente questo concetto considerando come commerciali tutte le imprese che esercitano una funzione intermediaria non solo nello scambio delle merci, dei titoli di credito, perfino degli immobili, ma anche nella distribuzione del credito, nella organizzazione del lavoro, nell'associazione e nella ripartizione dei rischi. È pertanto atto di commercio nel senso del codice non soltanto quello che si riferisce al commercio vero e proprio (interposizione nello scambio delle merci, dei titoli di credito, degli immobili), ma anche quello posto in essere dagli intermediari del credito, i banchieri, quello che compiono le organizzazioni del lavoro a scopo produttivo (imprese manifatturiere, edilizie, di trasporti, editrici, tipografiche, ecc.), e infine quello posto in essere dagli enti assicuratori, che riuniscono i rischi omogenei e li ripartiscono fra gli assicurati sotto forma di premi.

Si ha in tal modo una nozione assai larga del commercio, molto più larga di quella che gli economisti sogliono darci, ma molto più aderente alla realtà. Infatti nella vita moderna quella funzione intermediaria che era esercitata una volta solo dai commercianti, viene esercitata altresì dai banchieri, dagli industriali, dagli assicuratori.

Orbene, il fenomeno della cooperazione si è venuto sviluppando in un perfetto parallelismo a quello della produzione commerciale nel senso molto largo che ho più sopra esposto, il quale corrisponde perfettamente alla nozione che la nostra legge commerciale dà del commercio e dell'atto di

commercio. È infatti ben naturale che i destinatari dei servigi, che la funzione intermediaria commerciale, nelle varie sue manifestazioni, si propone di rendere, abbiano pensato ad un certo momento di sostituirsi all'intermediario per esercitare insieme riuniti il compito proprio di lui, il che significava praticamente appropriarsi i lucri dell'intermediario e quindi ottenere il servigio, che era prima reso da quello, a un costo minore, ovvero con un vantaggio maggiore.

Ai quattro tipi perciò d'imprese commerciali in senso ampio corrispondono le quattro categorie tipiche d'imprese cooperative.

All'impresa commerciale in senso stretto esercitante la funzione intermediaria nello scambio delle merci corrisponde la *cooperativa di consumo*, nella quale coloro che hanno bisogno di determinate merci si uniscono per acquistarle all'ingrosso e redistribuirle, facendo risparmiare all'acquirente il profitto dell'intermediario commerciante.

All'impresa industriale (che comprende tutte le varie categorie di organizzazione del lavoro contemplate nel codice di commercio) corrisponde la *cooperativa di produzione o lavoro*, nella quale i lavoratori si uniscono per organizzare essi la produzione e collocarne direttamente i prodotti o servigi, sostituendosi all'industriale speculante e appropriandosene i guadagni, sotto forma di una maggiore rimunerazione o di un supplemento di rimunerazione ottenuto sotto forma di riparto di utile.

All'impesa bancaria corrisponde la *cooperativa di credito* nelle varie sue forme (banche popolari, casse rurali ecc.), nella quale coloro che hanno bisogno di credito si uniscono per ottenere a credito capitali e per redistribuirli pure a credito fra i soci, appropriandosi il guadagno dell'intermediario banchiere.

All'impresa assicuratrice corrisponde la mutua assicuratrice o cooperativa di assicurazione, nella quale coloro che sono esposti agli stessi rischi si uniscono per ripartirseli direttamente, risparmiando il guadagno dell'assicuratore inter-

mediario, sia sotto forma di un risparmio sul premio, sia sotto quella di una assegnazione di utili.

Le quattro forme che ho sopra enumerato non esauriscono il campo della cooperazione. Altri tipi di cooperative vi sono, ma che si possono sempre ricondurre a una delle quattro categorie fondamentali. Così, per esempio, alle cooperative del primo tipo, esercitanti la funzione intermediaria del commercio in senso proprio, appartengono i consorzi di vendita, che consentono ai produttori di vendere direttamente i loro prodotti, risparmiando il guadagno del commerciante. Alle cooperative del secondo tipo, che esercitano la funzione intermediaria dell'industriale, appartengono tutte le svariate forme di cooperazione, che il perfezionarsi dell'agricoltura ha introdotto e moltiplicato, come le latterie sociali, le cantine sociali, con le quali i produttori agricoli procedono alla diretta lavorazione dei loro prodotti appropriandosi il lucro, che altrimenti andrebbe all'intermediario industriale.

La nozione stessa della cooperazione dà un'idea abbastanza precisa del valore sociale del fenomeno. È certo esagerato il pensare che la cooperazione possa mutare la struttura dell'odierna società capitalista. Ma non è dubbio che l'eliminazione dell'intermediario speculante reca un contributo notevole al perfezionamento del meccanismo della distribuzione, bene spesso difettoso e più costoso assai di quello che non sia giustificato dall'entità dei servigi che rende.

Ma come tutte le imprese collettive anche quelle cooperative hanno un difetto che può esser fonte di gravi inconvenienti: quello di una gestione, nella quale l'interesse individuale giuoca una parte molto limitata. Ora è noto che nel rendimento della produzione ha una importanza capitale lo stimolo dell'interesse privato. Si badi bene però: questo difetto dell'impresa cooperativa è comune a tutte le imprese collettive, quindi anche a quelle capitalistiche esercitate a forma di società per azioni, specie quando la società assume, per la vastità dei capitali raccolti, una dimensione notevole. Non si tratta pertanto di un difetto che possa senz'altro con-

dannare il sistema, ma di un elemento di debolezza, i cui effetti dannosi bisogna ridurre al minimo.

Accade così che anche le cooperative, come tutte le imprese collettive, finiscono per essere legate agli uomini che le costituiscono e le fanno vivere. Se nelle imprese collettive capitalistiche sono più frequenti i casi di successo, ciò dipende dal fatto che la società anonima è di regola amministrata da uomini preparati alla vita economica, mentre le imprese cooperative sono di solito affidate a mani inesperte. Ed è un poco fatale che sia così, perchè il consumatore dei prodotti o dei servigi resi dall'intermediario speculante è di solito ignaro di questa funzione intermediaria. Ma non si tratta di una specie di *infelicitas fati*, di una fatalità ineluttabile che pesi sulle aziende cooperative. Bisogna, perchè la cooperazione riesca, che gli uomini ai quali l'impresa cooperativa è affidata siano veramente pratici del ramo di attività economico a cui essa si dedica. Il problema della cooperazione è, in altri termini, il problema dei cooperatori.

L'esperienza fascista conferma pienamente questo postulato. Crollate le cooperative politiche, risanato l'ambiente per opera di uomini onesti e volonterosi, la cooperazione fascista ha vissuto e vive, senza attirar troppo sopra di sè l'attenzione del pubblico, ma per ciò stesso in modo molto utile per l'economia della nazione e il benessere delle classi produttrici. La simpatia che il malgoverno socialista e popolare aveva loro alienata è gradualmente ritornata ad esse, per la intrinseca bontà dei risultati ottenuti e per merito dell'organismo creato dal Governo fascista con il R. D. L. 30 dicembre 1926, n. 2288,: l'Ente nazionale per la cooperazione.

Vi è un lato del fenomeno cooperativo che non è soltanto più economico ma eminentemente sociale: lo ausilio che la cooperazione vuol dare alle classi sociali più umili per elevare la loro condizione, sia acquistando come consumatori a più equo prezzo, sia lavorando come prestatori d'opera a un più equo compenso. Ed un secondo lato socialmente importante dell'attività cooperativa è quello che concerne il mi-

glioramento delle condizioni a taluni imprenditori sopratutto quelli agricoli, a cui consente di perfezionare e allargare la cerchia della propria attività produttrice.

Tali aspetti sociali della cooperazione giustificano l'esistenza di un organismo apposito, come l'Ente nazionale della cooperazione, destinato appunto a diffondere l'idea corporativa, ad aiutare la costituzione di società cooperative, ad assistere le istituzioni cooperative con consigli tecnici, con oculata opera di controllo quando sia necessaria, col propugnarne gli interessi presso la pubblica opinione e i pubblici poteri.

Il problema dell'utilità della cooperazione, fuori delle esagerazioni dei pessimisti e degli ottimisti, può dirsi ormai risolto dal Fascismo in modo definitivo. Ma l'organizzazione sindacale e corporativa trovandosi di fronte ad una forma di impresa economica così diversa dalla consueta forma capitalistica non è riuscita finora a dare alla cooperazione un assetto che soddisfacesse tutte le esigenze ed evitasse tutte le critiche.

Le norme di attuazione della legge 3 aprile 1926, n. 563, sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro, approvate con decreto del 1º luglio dello stesso anno, n. 1130, hanno affrontato il problema e lo hanno risolto in modo che sembra a prima vista soddisfacente. Ma non ha potuto metter termine ai dubbi, alle discussioni ed anche alle irrequietezze. La posizione delle imprese cooperative nel sistema sindacale dello Stato fascista è ancora oggi una questione aperta. Quali ne sono i termini, quali le vicende, quali le soluzioni possibili, vedremo appresso.

II.

Le cooperative nel sistema sindacale.

La cooperativa altro non è che l'associazione di tutti coloro i quali abbisognano dei prodotti o dei servizi di un'impresa commerciale industriale bancaria o assicuratrice, i quali

si riuniscono per organizzare essi la produzione, sostituendosi all'imprenditore e appropriandosene i lucri.

Tale sostituzione può avere i moventi più diversi e i più diversi caratteri. Può essere lo sforzo di umili lavoratori che tentano, attraverso la forma cooperativa, di accrescere la rimunerazione del loro lavoro di quella quota che andrebbe altrimenti all'imprenditore come compenso della sua attività organizzatrice. Può anche rappresentare, pei lavoratori più intelligenti e consapevoli, il mezzo per elevarsi addirittura al grado di intraprenditori, lucrando non solo una maggiore rimunerazione, ma anche il profitto per l'organizzazione del lavoro di altri operai, di fronte a cui si comportano come ogni altro imprenditore.

Può essere, per consumatori di scarse risorse, il sistema migliore per fare in comune gli acquisti dei generi di prima necessità loro occorrenti, e ottenerli a un prezzo diminuito degli utili spesso esorbitanti degli intermediari commercianti. Può, invece, sempre nel campo delle cooperative di consumo, costituire l'iniziativa di uomini illuminati i quali vogliono offrire alla massa dei consumatori, poveri e ricchi, soci e non soci, merci migliori e più a buon mercato. Può, la cooperazione, servire persino agli stessi imprenditori dell'industria e dell'agricoltura, per potenziare la propria azienda, acquistando in comune materie prime o altre cose necessarie alla produzione (combustibili, cotoni, lane, concimi chimici, macchine agricole) ovvero lavorando in comune prodotti della propria impresa (specie nel campo agrario: latterie sociali, cantine sociali, filande cooperative, ecc.).

Anche le dimensioni dell'impresa esercitata in forma cooperativa possono essere diversissime. Si va dalle piccole cooperative di consumo di poche diecine di soci ai grandi magazzini cooperativi, veri empori di vendita che, a parte una piccola partecipazione agli utili concessi ai clienti, in nulla si differenziano dalle imprese capitalistiche similari. Si va dalle modeste cooperative di lavoro di pochi muratori alle grandi cooperative edilizie, che sono vere e proprie organizzazioni a

tipo speculativo, in cui i veri cooperatori rappresentano un piccolo nucleo di audaci intraprenditori che si comportano di fronte alla massa degli operai impiegati come un altro imprenditore qualsiasi. Si va dalle piccole casse rurali, dove la responsabilità illimitata dei soci supplisce alla mancanza di un vero capitale, e la loro responsabilità solidale alla insufficenza delle garanzie offerte individualmente da ciascuno, fino alle grandi banche popolari, organizzazioni potenti che di cooperative hanno poco più che il nome. Si va dalle modeste mutue assicuratrici, semplici uffici di ripartizione, alle grandi mutue, in cui la piccola partecipazione agli utili offerta ai clienti non è che uno strumento di concorrenza in mano ad una impresa effettivamente capitalistica.

E come se tanta diversità di scopi, di forme, di dimensioni dell'impresa cooperativa non bastasse, un nuovo motivo di differenziazione è dato dal carattere delle persone, a vantaggio delle quali è costituita la cooperativa.

Tanta diversità di atteggiamento del fenomeno cooperativo, dando luogo a una grande varietà di tipi, anche per il vario modo con cui i diversi caratteri possono tra loro combinarsi, ha necessariamente creato non poche difficoltà all'inquadramento delle imprese cooperative nell'organizzazione sindacale e corporativa.

Le norme di attuazione del 1º luglio 1926 risolsero il problema con una formula elastica, capace pertanto della più larga applicazione.

L'art. 8 delle norme prescrive infatti che le imprese cooperative debbono «agli effetti sindacali, costituirsi in speciali associazioni, distinte così dalle associazioni delle imprese similari capitalistiche, come dalle associazioni di lavoratori delle imprese similari». Con questa regola la legge ha voluto concedere un certo grado di autonomia alle associazioni di imprese cooperative, tenendole distinte così dalle associazioni di datori di lavoro esercenti lo stesso ramo di produzione economica, come dalle associazioni di lavoratori addetti a quel ramo di produzione.

L'art. 34 poi delle stesse norme aggiunge che le associazioni di imprese cooperative così costituite in modo autonomo debbono aderire o alle associazioni superiori di datori di lavoro o a quelle di lavoratori « *secondo la loro natura e il modo del loro funziouamento* » ; e che le associazioni medesime possono altresì aderire ad un ufficio centrale o altro istituto legalmente riconosciuto avente per iscopo lo sviluppo e il progresso della cooperazione. Si noti la differenza di formulazione fra l'articolo 8 e l'articolo 34. Quando si tratta di stabilire la costituzione autonoma di associazioni di imprese cooperative, la legge dice che esse debbono distinguersi dalle associazioni sindacali *similari,* esercenti cioè lo stesso ramo di attività. Quando si tratta di determinare a quali associazioni sindacali di grado superiore (federazioni e confederazioni) le associazioni di primo grado di imprese cooperative debbono aderire, la legge usa la formula più indeterminata « debbono aderire alle associazioni sindacali di grado superiore, sia di datori di lavoro sia di lavoratori, « *secondo la loro natura e il modo del loro funzionamento* ». La natura e il modo del funzionamento determinano non solo se l'adesione debba essere data a una associazione superiore di datori di lavoro o a una di lavoratori, ma anche se debba essere data ad una associazione superiore di imprese esercenti o non la stessa attività (*similari*). *Infatti nell'art. 34 non si parla affatto di imprese similari.* La con clusione è semplice: le associazioni di primo grado di imprese cooperative *possono per le norme 1º luglio 1926,* essere inquadrate così nelle Federazioni e Confederazioni esercenti la stessa attività, come nelle Federazioni e Confederazioni esercenti altre attività, con cui abbiano però stretti rapporti « per la loro natura e il modo del loro funzionamento ».

Le norme del 1926 avevano dunque ben tenuto presente la grande diversità di atteggiamenti del fenomeno cooperativo e la grande varietà di tipi di cooperative, lasciando al potere esecutivo ampia libertà di inquadrarle nelle Federazioni e Confederazioni secondo i loro peculiari caratteri. Consentiva, inoltre, alle Associazioni di imprese cooperative, di

aderire ad un ufficio centrale (*che fu poi l'Ente della cooperazione*) avente scopi generici di propaganda cooperativa e di tutela della cooperazione.

Questa larghezza di applicazione fu alquanto limitata dal R. Decreto 21 aprile 1927 n. 718, che interpretò l'art. 34 delle norme di attuazione come se le Associazioni di grado superiore, a cui le associazioni di imprese cooperative aderiscono, dovessero essere di necessità le associazioni di imprese esercenti lo stesso ramo di attività economica, cioè di *imprese similari*. Il decreto citato poi trasferì razionalmente, all'Ente della cooperazione, l'esercizio dei compiti di assistenza, d'istruzione, di educazione, preveduti dall'art. 1 e 4 della legge 3 aprile 1926 per le associazioni sindacali.

Limitando la libertà d'azione concessa dalla legge costitutiva, il decreto del 1927 non risolse la questione dell'inquadramento delle cooperative, forse ne rese la soluzione più difficile. In verità quel decreto non fu in pratica mai applicato perchè molte cooperative restarono inquadrate, anzichè nelle confederazioni di imprese similari, nella Confederazione a cui appartenevano i soci (così i consorzi agrari, le latterie sociali, le cantine sociali). L'Ente nazionale della cooperazione poi, in pratica, non potè funzionare che rispetto a una parte delle cooperative, giacchè tutte le cooperative di credito e di assicurazione rifiutarono di aderirvi, e le cooperative inquadrate nelle Confederazioni per ragione, anzichè di similarità dell'oggetto, di appartenenza dei soci, si sottrassero praticamente ad ogni azione dell'Ente.

Questa condizione di cose ha creato uno stato di insofferenza, e un latente conflitto fra l'Ente e le Confederazioni, sia di quelle competenti per la similarità dell'oggetto, sia di quelle competenti per l'appartenenza dei soci, nonchè tra le Confederazioni competenti per le due diverse ragioni.

Quale la soluzione possibile del difficile problema?

Non certo accettabile si presenta la proposta di costituire una quattordicesima Confederazione, perchè essa riunirebbe imprese eterogenee, non solo per dimensione, ma anche per

finalità, carattere, attività economica. La classificazione delle norme 1° luglio 1926, che ha dato luogo alle tredici Confederazioni, si basa su due criteri: natura dell'attività esercitata, situazione nel rapporto di lavoro. La nuova Confederazione non si costituirebbe sulla base nè dell'uno nè dell'altro criterio, ma di un terzo criterio, e comprenderebbe tipi diversissimi di imprese, senza alcun vero interesse comune, come sopra si è veduto.

Per le stesse ragioni non si potrebbe accettare neanche l'altra soluzione, di sostituire integralmente l'Ente per la cooperazione alle Associazioni sindacali di grado superiore, deferendo ad esso tutte le funzioni a queste spettanti. Gli inconvenienti pratici non sarebbero inferiori a quelli di principio. Le cooperative che operano con i non soci, e che costituiscono imprese di notevole dimensione, assumendo carattere nettissimo di datori di lavoro, si sottrarrebbero alla disciplina sindacale dei rapporti di lavoro. Le cooperative create a vantaggio di determinate categorie di persone, sarebbero del tutto avulse dalle organizzazioni sindacali che tali persone inquadrano, e nell'ambito delle quali si svolge tutta l'attività di esse.

La verità è che la stessa eterogeneità del fenomeno cooperativo, le diverse forme che assumono le imprese cooperative, la loro diversissima importanza, le loro varie finalità non consentono una soluzione unitaria del problema.

Bisogna dunque distinguere.

Le piccole cooperative, aventi carattere eminentemente sociale, costituite a vantaggio delle più umili classi della popolazione, qualunque sia l'oggetto della loro attività (commerciale, industriale, bancaria, assicuratrice), possono, senza inconvenienti, essere poste alla esclusiva dipendenza dell'Ente della cooperazione. La loro costituzione non è legata alla sorte di alcuna speciale categoria professionale, ciò che rende superfluo il loro collegamento con una determinata categoria di associazioni sindacali. La loro modesta dimensione pone le loro piccole aziende fuori delle vere e proprie competi-

zioni del lavoro, anche perchè di solito esse operano solo coi soci.

Le grandi imprese cooperative, costituite a vantaggio della generalità degli abitanti, le cui differenze con le ordinarie imprese capitalistiche sono capillari, come i grandi magazzini cooperativi di vendita, le banche popolari, le grandi mutue assicuratrici e le grandi cooperative di produzione, in cui un piccolo nucleo di soci si comporta di fronte ai lavoratori impiegati come un vero imprenditore capitalista, queste grandi cooperative insomma, senza alcun vero carattere sociale, dovrebbero, sia pure riunite in separate associazioni, essere inquadrate nelle Confederazioni capitalistiche di imprese esercenti lo stesso ramo di attività.

Infine le piccole e medie imprese cooperative, costituite a vantaggio di una determinata categoria di produttori (il caso più frequente sarà quello di cooperative agricole costituite a vantaggio di piccoli e medi agricoltori) debbono essere inquadrate, pur riunite in speciali associazioni, nella Confederazione che rappresenta quella determinata categoria di produttori. L'obbiezione che in tal modo si creano Enti parasindacali, attraverso cui i Sindacati eserciterebbero direttamente, in onta al divieto della legge, la funzione produttiva, non mi pare decisiva. L'art. 4 della legge 3 aprile 1926 prevede espressamente la costituzione di enti dipendenti dai Sindacati. A questi, è vero, è vietato di esercitare atti di commercio, ma non può essere vietato di stimolare la formazione di imprese, cooperative o capitalistiche, aventi per iscopo l'incremento e il perfezionamento della produzione. Gli abusi, in questo campo, sarebbero certo dannosi, ma è tutta questione di misura e di modo.

Un inquadramento così delineato, non dovrebbe, a mio avviso, impedire collegamenti particolari. Le cooperative dipendenti dall'Ente e quelle inquadrate con le Confederazioni a cui appartengono i loro soci potrebbero, se necessario, avere collegamenti con le Confederazioni di imprese similari agli effetti del contratto collettivo. Le grandi cooperative quasi ca-

pitalistiche e le cooperative fatte a pro di determinate categorie potrebbero, alla loro volta, aver collegamenti con l'Ente agli effetti della tutela generica del principio cooperativo.

Non è qui il caso di entrare in particolari. Certo è che in nessun campo come in questo della cooperazione è necessario, per non cadere in errori e in esagerazioni, osservare con scrupolo la vecchia regola: *distingue frequenter.*

Questa necessità è risultata chiara dalle recenti discussioni del Comitato centrale corporativo, e la deliberazione di principio adottata rispecchia la varietà delle esigenze a cui deve rispondere l'inquadramento sindacale delle imprese cooperative. Certo la traduzione del principio in norme regolamentari offrirà talune difficoltà che non dubito saranno felicemente superate, con soddisfazione dei numerosi cooperatori italiani. I quali con aspirazioni diverse e mossi da diversi interessi, attendono tutti con impazienza la soluzione definitiva di un problema che non sarebbe opportuno procrastinare.

LE NUOVE CORTI D'ASSISE *

---

* *La Stampa*, 1931.

I.

Il tramonto della giuria

Col 1º luglio 1931 la vecchia giuria, introdotta in Italia per la prima volta con l'editto sulla stampa del 1848, terminerà la sua non lunga e non gloriosa vita. Una nuova legge sulle Corti di assise, sta per essere emanata dal Governo in virtù della delegazione legislativa conferitagli dal Parlamento con la legge del 24 dicembre 1925. Col nuovo ordinamento l'elemento popolare non sarà del tutto eliminato dalle Corti di assise, ma la giuria di tipo classico scomparirà, ed io penso, non sarà rimpianta da alcuno.

Come molte delle istituzioni adottate dal nuovo Stato italiano nella sua prima formazione, anche quella dei giurati è di origine straniera. Sorta in Inghilterra come un mezzo per evitare i giudizi di Dio, i quali sebbene condannati dai Papi sin dal principio del secolo XIII, continuarono in alcuni luoghi fino al XVI secolo, la giuria venne accolta dalle costituzioni del 1790 e del 1791 in Francia. Tuttavia la Rivoluzione francese, che teoricamente si proclamò autrice della giuria popolare, in pratica si guardò bene dal farla funzionare. E così anche in Italia, sebbene la costituzione del 1797 della repubblica Cisalpina avesse solennemente proclamato che, « nei delitti di prima classe il tribunale criminale non pronuncia se non dopo la dichiarazione di un giurì di accusa e di un giurì di giudizio », nel fatto l'attuazione della riforma fu rinviata dieci anni e perciò in realtà l'istituto non funzionò mai durante la dominazione francese in Italia.

Si deve giungere al 1848 per vedere apparire in Piemonte la giuria per i soli reati di stampa; ma solo col codice di procedura penale del 1859 se ne estese la competenza ai reati politici e ai delitti più gravi.

Nessuna lunga tradizione adunque a favore dell'istituto della giuria in Italia; al contrario, acclimatazione difficile e si può dire, in 70 anni di vita, non ancora compiuta. Questo diritto concesso al popolo di partecipare direttamente all'amministrazione della giustizia per i più gravi delitti era così poco valutato e così a malincuore esercitato, che ad ogni compilazione della lista dei giurati e più ancora ad ogni convocazione delle Corti d'assise la preoccupazione maggiore di ogni cittadino italiano era quella di sottrarsi con tutti i pretesti e in tutti i modi all'esercizio di così alta funzione.

In realtà questa istituzione era rimasta sempre estranea alla coscienza italiana. Superata ben presto nel campo dei principii, nessun apprezzabile servigio essa ha reso alla giustizia penale neppure dal punto di vista pratico.

L'idea che indusse gli uomini della Rivoluzione francese ad accogliere l'istituto della giuria e che ne determinò la rinascita nel periodo dei moti liberali del secolo XIX, fu in sostanza quella di contrapporre ai giudici nominati dal Re, i giudici scelti fra il popolo. Si trattava di controllare, limitare, raffrenare il potere Regio. Accanto perciò al Governo, emanazione diretta della sovranità risiedente nel Capo dello Stato, si creò la Camera elettiva, potere sovrano concorrente e incaricato di vigilare e limitare l'azione del Governo. Accanto all'esercito, organizzazione armata del potere Regio, si volle la Guardia nazionale, esercito del popolo destinato a tutelare contro la forza del Governo le libertà popolari. Così, con perfetto parallelismo, accanto ai giudici del Re si vollero i giudici del popolo, la cui funzione essenziale consisteva appunto nel tutelare i diritti del popolo nel campo giudiziario contro gli abusi della magistratura regia.

Questo dualismo di poteri introdotto dall'ideologia liberale-democratica non poteva, così come era concepito, che fare

cattiva prova. Esso conduceva a scindere la sovranità, attribuendone una parte, che divenne ben presto la più cospicua ad organi extra-statali, destinati non solo a limitare e controllare il Governo, ma a creare addirittura una sovranità distinta da quella dello Stato, a questa contrapposta, fonte, perciò, di debolezza e di decadenza dello Stato. Un simile sistema non poteva durare a lungo e il tempo ne è venuto facendo giustizia dovunque, ma specialmente in Italia.

La prima istituzione del sistema che rapidamente decadde e sparì fu quella dell'esercito popolare. Sono molti decenni oramai che la Guardia nazionale è relegata fra i ricordi umoristici del Risorgimento.

La seconda istituzione battuta in breccia dall'opinione pubblica è stata quella della Camera elettiva come detentrice della sovranità in contrapposto allo Stato. La decadenza del parlamentarismo è oggi generale in Europa, ed è in Italia un fatto superato dalla formazione del nuovo Stato fascista.

Rimaneva la giuria, questa guardia nazionale della giustizia, reliquato di un sistema che il Fascismo ha scosso dalle fondamenta. Venerabile rudere che doveva seguir la sorte dei suoi confratelli maggiori.

Come per l'istituto parlamentare anche per quello della giuria il fenomeno della degenerazione e della decadenza non è solo italiano, ma universale.

In Francia la giuria ha funzionato passabilmente per alcuni decenni. Ma dopo la guerra il discredito in cui essa è caduta nel paese classico degli immortali principii, ci è attestato dalle critiche unanimi con cui l'opinione pubblica francese accoglie le stupefacenti gesta del giurì popolare.

Di tali gesta è giunta l'eco in Italia, principalmente per le scandalose assoluzioni degli assassini antifascisti, che hanno praticamente assicurato l'impunità agli omicidi commessi comunque con un colore o un pretesto politico. Ma anche fuori del campo politico le cose non vanno molto meglio in Francia. Le assoluzioni o le condanne mitissime per gravi delitti sono all'ordine del giorno al di là delle Alpi. Basta che in un cri-

mine atroce si riesca a trovare un lato sentimentale o passionale perchè i giurati assolvano.

In Italia le cose non vanno molto meglio. Bisogna, anzi, constatare che poco o punto la stessa disciplina fascista ha potuto influire sul funzionamento della giuria. La fuga dei cittadini migliori davanti all'esercizio della funzione giudiziaria nelle Corti di assise continua con l'effetto costante di una selezione a rovescio. Il verdetto dei giurati è sempre più il prodotto del caso che di un qualsiasi giudizio. Sotto questo punto di vista il codice di procedura penale del 1913 ha peggiorato ancora la situazione quale era risultata dalla legge del 1874. Per il codice fino ad ora vigente i giurati non possono più riunirsi in Camera di consiglio, non possono discutere, ma debbono votare ciascuno per sè in pubblica udienza, dimodochè, abbandonati a se stessi, essi votano bene spesso a casaccio e il loro verdetto è più l'effetto di un giuoco che di un giudizio. Chiamati a decidere per sì e per no sopra questioni complicate senza alcun obbligo di motivare comunque il loro voto, i giurati giudici fra tutti incompetentissimi detengono un potere illimitato. Essi possono dichiarare bianco il nero e nero il bianco, negare i fatti più evidenti, dichiarar vivi i morti, innocenti i colpevoli confessi. Essi possono sovrapporsi alla legge, disconoscerla praticamente, non applicarla. Si sono ad essi conferiti a un tempo i poteri giudiziari del giudice, il diritto di grazia spettante al Sovrano, le facoltà legislative del Parlamento.

È naturale che da tal somma di poteri unita ad una totale irresponsabilità, conferita a persone scelte senza nessuna garanzia, nè di capacità, nè di moralità, sortissero i verdetti assurdi, come l'assoluzione del marito reo confesso di aver tagliato a pezzi la moglie (Olivo) e quello recentissimo dell'agente di pubblica sicurezza reo confesso dell' uccisione di due donne e del mancato omicidio di una terza, condannato per delitto colposo.

Il Fascismo non poteva lasciar sopravvivere un istituto

che ripugnava all'essenza stessa della sua ideologia ed era già da lunga pezza finito nella coscienza del popolo italiano.

Una riforma era necessaria e come sia stata attuata dalla nuova legge vedremo ora.

II.

Le nuove Corti d'assise.

Decisa la riforma delle Corti di assise e l'abolizione dell'istituto della giuria, così come era stato congegnato dalla legge del 1874, il legislatore fascista aveva diverse vie dinanzi a sè. Poteva eliminare del tutto l'elemento popolare dalla composizione delle Corti, formando un collegio giudicante composto di soli magistrati di grado elevato; in fondo una sezione speciale della Corte d'appello incaricata di giudicare in prima ed ultima istanza dei più gravi delitti. Era questo il sistema in vigore nel regno delle Due Sicilie dove i processi più gravi erano deferiti alle *Grandi Corti criminali* composte tutte di magistrati d'appello, che in verità acquistarono ben presto grande prestigio e le cui sentenze dotte ed equilibrate sono ancora oggi un modello del genere. Una seconda soluzione poteva esser quella di unificare la competenza in materia penale deferendo il giudizio anche nei processi più gravi ai tribunali penali.

Ma nè l'una nè l'altra delle soluzioni era del tutto soddisfacente. Anzitutto il fallimento dell'istituto della giuria non era dovuto al fatto della partecipazione di giudici non togati al giudizio per i più gravi delitti, ma all'erroneo fondamento che si era voluto assegnare a tale partecipazione e alle forme che in conseguenza le si erano date.

Non vi è dubbio che i delitti gravissimi, i quali commovono particolarmente l'opinione pubblica, non possono essere adeguatamente giudicati alla stregua di soli concetti tecnici e giuridici. Perchè in questi processi la coscienza pubblica rimanga del tutto soddisfatta è necessario che la sentenza

rifletta i sentimenti che il delitto ha suscitato nell'anima popolare. Il concetto pertanto di far partecipare, in minore o maggiore misura, al giudizio, elementi non tecnici, persone che vivono normalmente fuori dell'ambiente giudiziario e qnindi a contatto più diretto coi sentimenti della massa del popolo, è in sè giustissimo.

Giusto non era invece, come volevano i fautori della vecchia giuria, ricollegare la partecipazione degli elementi laici ai processi penali ad una pretesa sovranità popolare, che dovrebbe manifestarsi anche nel campo dell'amministrazione della giustizia. Giusto non era neppure scegliere i giudici laici senza alcuna cautela in una massa di milioni di uomini colti ed incolti, onesti e disonesti. Giusto non era neppure dividere arbitrariamente il giudizio sul fatto da quello sul diritto con una distinzione che non poteva per la natura delle cose essere che arbitraria. Giusto infine non era attribuire ai giudici laici un potere incontrollato, investendoli perfino di quel diritto di grazia che è statutariamente prerogativa del Capo dello Stato.

Da tutto ciò è facile concludere che una riforma delle Corti di assise, che volesse porre riparo agli errori della giuria, non doveva andare all'eccesso opposto, di rifiutare ogni partecipazione dell'elemento non tecnico o popolare nei giudizi pei più gravi delitti, sia risuscitando istituzioni, come le Grandi Corti criminali, ormai sorpassate nella coscienza pubblica, sia negando l'opportunità di destinare giudici speciali per le più gravi infrazioni alla legge penale, opportunità riconosciuta dalle legislazioni di tutti i paesi civili.

Il legislatore fascista fra i due opposti eccessi ha preso la via di mezzo. Ha conservato la Corte d'assise come organo giudiziario speciale per i delitti più gravi. L'istituto della Corte d'assise, che ha ormai una tradizione molto radicata fra di noi, non viene toccato nè nel nome nè nella essenza: ne è modificata solo la composizione, non e fino al punto da eliminare del tutto l'elemento popolare dal giudizio della Corte, ma solo disciplinandone la partecipazione, in modo da con-

servare i vantaggi di una decisione conforme al sentimento popolare, e da evitare i danni di una concezione demagogica della giustizia penale.

Il decreto legislativo del 23 marzo 1931, n. 249, compone la Corte d'assise, facendo partecipare ad un unico collegio magistrati di carriera e giudici popolari. Abolita la separazione tra il giudizio sul fatto, già devoluto esclusivamente ai giurati, e quello sul diritto, già devoluto al magistrato, separazione artificiosa che rendeva artificioso il giudizio, la nuova legge costituisce un collegio misto a cui affida tutto il giudizio, sia quello sul fatto, sia quello sul diritto. Ciascuno dei giudici potrà d'ora innanzi decidere tranquillamente tutta la causa, e il suo voto sarà così pienamente consapevole dei risultati pratici a cui dovrà condurre nella formulazione della sentenza.

La proporzione fra i due elementi nell'unico collegio è stabilita dalla legge dando la preponderanza numerica all'elemento popolare. Infatti la nuova Corte d'assise si comporrà di sette giudici, di cui due magistrati e cinque *assessori*, come la legge chiama i nuovi giudici popolari.

La preponderanza data all'elemento laico non è, come potrebbe apparire a prima vista, soverchia. Essa è necessaria per assicurare agli assessori indipendenza e libertà di giudizio. D'altro canto la presidenza data a un magistrato di carriera di alto grado (presidente di sezione di Corte d'appello), la presenza di un altro magistrato di grado elevato (consigliere di Corte d'appello) sono sufficienti a disciplinare la partecipazione dei giudici popolari, a illuminarli sulle questioni di fatto e di diritto e ad evitare perciò quei grossolani errori che la giuria abbandonata a sè stessa non poteva evitare e che una discussione serena fra magistrati e assessori renderà impossibili per l'avvenire.

A qualcuno la costituzione mista della Corte d'assise può far credere che le discussioni e le decisioni del nuovo collegio mancheranno di organicità. Ma in verità non sarebbe giusto concludere dalla composizione mista di un collegio alla inor-

ganicità delle sue decisioni. Al contrario, quando elementi diversi costituiscono un collegio, il funzionamento di questo sarà buono tutte le volte che quegli elementi si integrano a vicenda. Allora il contributo di ciascuno conferisce alla deliberazione una maggiore obbiettività, appunto perchè la decisione riflette diversi punti di vista, diverse cognizioni, sentimenti diversi.

È certo pertanto che il giudizio risultante dalla collaborazione tra magistrati ed assessori sarà più equilibrato, più integrale, e quindi più giusto di quello che sarebbe il giudizio di soli magistrati o di soli assessori.

Una istituzione di questo genere funziona già nelle nostre Colonie, e non solo per i giudizi concernenti gli indigeni, ma anche per quelli che riguardano cittadini italiani. Orbene, il collegio unico misto di magistrati e assessori ha in Colonia sempre funzionato con piena soddisfazione dell'opinione pubblica, in modo che il prestigio delle Corti di assise coloniali, al contrario di quello delle Corti metropolitane, è stato sempre altissimo.

Il collegio misto di magistrati e di laici fa venire alla mente una istituzione che per la forma esteriore gli si assomiglia: quella dello *scabinato* germanico. Da tale somiglianza qualcuno può esser tratto a ritenere il nuovo istituto delle Corti d'assise una derivazione dagli scabini germanici. L'illazione non sarebbe esatta. Anche lo scabinato era in verità una forma di collegio misto, ma di magistrature di tal fatta ve ne erano in Italia anche prima della famosa costituzione di Carlo Magno, che introdusse nel nostro Paese lo scabinato. Nei tribunali romani della tarda epoca imperiale se il giudice non era giurisperito, si faceva assistere da un assessore legale, al quale talora abbandonava del tutto il giudizio. Costume questo che rimase particolarmente saldo in Romagna e che, col risorgere della cultura, si diffuse nel resto d'Italia, proprio quando le istituzioni Carolingie avevano cessato di aver vigore. Bisogna pensare che nell'epoca di mezzo bene spesso chi deteneva la potestà giurisdizionale, quindi in sostanza il

giudice, non era giurista. Continuò pertanto anche nel Medio Evo a manifestarsi la necessità di fare assistere codesti giudici non giurisperiti da veri e propri giureconsulti.

Ma l'uso di aggiungere giudici popolari al magistrato investito della giurisdizione assunse un particolare carattere in seguito, quando nei Comuni italiani prevalse la regola della nomina dei podestà forestieri, i quali non conoscevano il costume locale, donde la necessità di farli assistere da giudici del luogo e quindi conoscitori delle consuetudini del Comune.

In sostanza, l'idea di un collegio misto di magistrati veri e propri e di giudici popolari sorse proprio in Italia e in Italia ebbe larga diffusione. L'odierna riforma che, sia pure in modo diverso e per diverse esigenze, ha rievocato una simile idea, costituisce in realtà un ritorno a una istituzione nostra antichissima, di origine e di carattere prettamente italiani.

III.

Organizzazione e funzionamento delle nuove Corti di assise.

Le nuove Corti d'assise non differiscono dalle antiche solo per il concetto fondamentale che presiede alla loro composizione: il collegio misto di magistrati e assessori in luogo di un Presidente magistrato e di un collegio di giurati con competenza e poteri distinti. Differiscono anche per molti dettagli della organizzazione e sopratutto per il loro funzionamento.

Dal punto di vista della organizzazione la Corte di assise rimane un tribunale di prima ed ultima istanza, contro le cui decisioni, cioè, non è ammesso appello, ma solo il ricorso per cassazione per violazione di legge. Questa caratteristica è ancor più accentuata nel nuovo ordinamento, che fa delle Corti di assise vere e proprie Sezioni delle Corti d'appello. Qualcuno potrebbe dedurre da tale situazione delle Corti di assise nella gerarchia delle giurisdizioni, la conseguenza che anche la sede di queste speciali Sezioni debba essere quella

della Corte, a cui appartengono. Ma, in verità, nessuna esigenza logica e pratica rende indeclinabile una simile conseguenza. Sezioni di Corti di appello distaccate in sedi diverse della Corte, di cui fanno parte, già ne esistono. Nulla vieta, pertanto, che anche le Sezioni funzionanti da Corte d'assise possano aver sede diversa da quella della Corte. Col nuovo ordinamento non si è inteso di modificare l'attuale assetto territoriale delle Corti d'assise. Vero è che l'art. 1 del Decreto legislativo 23 marzo 1931, n. 249, stabilisce che il numero delle Corti d'assise, la sede e la circoscrizione di ciascuna di esse sono determinati con decreto reale. Ma è prevedibile che tale determinazione, nel regio decreto che sarà fra non molto pubblicato, avverrà in base allo stato di fatto attualmente esistente. Nessuna Corte di assise ordinaria sarà dunque soppressa, e quanto alle Corti straordinarie, la facoltà di convocarle rimane integra ed è attribuita al Primo Presidente della Corte d'appello dall'art. 3 del decreto legislativo.

Per rendere possibile l'organizzazione di un numero notevole di Corti d'assise con un personale limitato, la legge consente che uno stesso Presidente possa presiedere più Corti di assise e uno stesso Consigliere essere addetto a più Corti. In tal modo potrà essere attuato rigidamente il principio che la Corte di assise, come Sezione della Corte di Appello, deve essere presieduta da un presidente di Sezione di Corte d'appello.

Abolita la distinzione tra il giudizio sul fatto e il giudizio sul diritto, la nuova Corte d'assise funzionerà come ogni altro giudice collegiale. Sarà quindi eliminata la pubblica formulazione dei quesiti sull'esistenza del fatto e sulla responsabilità dell'imputato.

Il collegio misto giudicherà come ogni altro collegio, secondo le norme dell'art. 473 del nuovo Codice di procedura, il quale prevede espressamente il caso che alla decisione della sentenza concorrano, insieme ai magistrati, assessori non magistrati. Stabilisce l'art. 473: « Nel deliberare la sentenza, il presidente sottopone separatamente a decisione le questioni pregiudiziali, quelle incidentali, la cui decisione sia stata dif-

terità, *quelle di fatto e di diritto* riguardanti la imputazione, e quindi, se occorre, quelle sull'applicazione delle pene e delle misure di sicurezza. Tutti i giudici danno il loro voto su ciascuna questione, qualunque sia stato quello sulle altre (comma 1).

« Il Presidente raccoglie i voti cominciando dal giudice meno elevato in grado o, a parità di grado, dal giudice meno anziano, e vota per ultimo. *Nei procedimenti davanti alla Corte d'assise votano prima gli assessori, cominciando dall'assessore meno anziano in ordine di età* (comma 2).

« Qualora nella votazione si manifestino più di due opinioni, i giudici che hanno votato per la pena più grave si riuniscono a quelli che hanno votato per la pena gradatamente più prossima alla più grave, fino a che venga a risultare la maggioranza. In ogni altro caso, quando su una questione vi è parità di voti, prevale l'opinione più favorevole all'imputato » (comma 4).

Con questo sistema si è sicuri che tutti i giudici, compresi gli assessori, daranno un giudizio *consapevole*, perchè preceduto da una discussione, la quale porrà in evidenza i diversi punti di vista e illuminerà ciascuno nelle questioni che gli riescono meno chiare; *integrale*, perchè comprendente tanto i punti di fatto, quanto quelli di diritto e soprattutto l'applicazione della pena; e perfettamente *libero*, perchè la votazione è fatta in modo che i primi ad esporre il proprio parere sono appunto gli assessori, venendo per ultimi i magistrati.

Io sono convinto che avremo sentenze di assise perfettamente equilibrate, forse anche più di quelle dei tribunali composti di soli magistrati, e che la giustizia delle nuove Corti sarà a un tempo stesso severa ed umana.

La conseguenza logica della nuova organizzazione delle Assise è che la sentenza non sarà più, come oggi, la constatazione pura e semplice dei risultati di un verdetto, espresso in un *sì* o in un *no*. La sentenza della Corte di assise sarà, come ogni altra sentenza, motivata in fatto e in diritto. Ciò costituisce una garanzia di serietà e di giustizia che manca

del tutto agli attuali giudizi di Corti d'assise. Difetto questo tanto più grave e terribile, in quanto la sentenza di assise è inappellabile, e la mancanza di ogni motivazione finisce col rendere senza vera efficacia anche il controllo di diritto della Cassazione. È giusto, pertanto, concludere che il nuovo ordinamento delle Corti di assise, lungi dal diminuire, accresce le garanzie delle parti, e in ispecie, i diritti della difesa.

La sentenza sarà, di regola, estesa dal consigliere d'appello, che è destinato specialmente a fungere da giudice relatore. Nulla vieta però che la rediga lo stesso presidente o anche uno degli assessori, se, come è probabile, nel collegio ve ne sia taluno tecnicamente atto a questo ufficio.

Abbiamo dato così un'idea sommaria, ma speriamo abbastanza chiara, dell'organizzazione e del funzionamento delle nuove Corti. Per completarla, è necessario dire più particolarmente della scelta degli assessori e del modo con cui sono chiamati a comporre il collegio misto.

La scelta degli assessori è circondata di ben altre garanzie che la scelta dei giurati.

In luogo delle pletoriche liste dei giurati, si formeranno ben più ristrette liste di *eleggibili ad assessori*, che comprenderanno solo persone aventi il godimento dei diritti civili e potitici, un'età non inferiore a 25 e non superiore a 65 anni, una condotta morale e politica *specchiatissima* e illibata, e una capacità provata o da importanti cariche pubbliche o pubblici uffici ricoperti o dal possesso di elevati titoli di cultura.

Le cariche politiche, amministrative o sindacali che dànno adito alla nomina ad assessore sono quelle di membro del Gran Consiglio, di Senatore, Deputato e membro del Consiglio nazionale delle Corporazioni; di Preside o Rettore delle Provincie; di Presidente o Segretario delle Confederazioni e delle Federazioni Sindacali nazionali, nonchè dei Sindacati nazionali; di Segretario Federale del Partito Nazionale Fascista, di Podestà dei Comuni con più di diecimila abitanti; di Segretario Politico dei Fasci dei Comuni pure con più di diecimila abitanti.

Gli uffici pubblici ricoperti che rendono eleggibili ad assessore sono quelli di impiegato dello Stato, delle Provincie e dei Comuni appartenenti a categorie per accedere alle quali è necessaria la laurea universitaria o il diploma di licenza da un istituto medio superiore; di ufficiale delle forze armate dello Stato di grado non inferiore a capitano.

I titoli di cultura sono l'appartenenza a una delle grandi Accademie, la laurea universitaria, l'essere autore di notevoli opere dell'ingegno; infine la licenza da un istituto di istruzione media superiore purchè accompagnata dalla prova di una adeguata posizione economica e sociale, che la legge fa consistere nell'iscrizione nei ruoli delle imposte dirette per un minimo di lire mille di tributo annuo verso lo Stato.

Quest'ultimo requisito della licenza da un istituto di istruzione media superiore, accompagnato da censo, è il più basso fra quelli che rendono eleggibile ad assessore. Ciò basta a garantire nei futuri assessori una capacità di gran lunga superiore a quella degli attuali giurati.

Ma essere iscritto nella lista degli eleggibili non dà alcun diritto alla effettiva nomina ad assessore. La quale ha luogo per Regio decreto, in seguito a una doppia scelta fatta nella lista degli eleggibili, prima dal Presidente della Corte di appello, di concerto col Procuratore Generale; poi dal Ministro della Giustizia.

È facile prevedere che la scelta cadrà sui migliori degli eleggibili, e che sarà molto rigorosa, anche perchè il numero degli assessori addetti a ciascun Circolo di Corte di assise, che verrà stabilito con Regio decreto, sarà molto ristretto: si conterà non già a centinaia, come è oggi per i giurati, ma a diecine.

In quest'albo ristrettissimo saranno, per ogni sessione della Corte di assise, estratti a sorte nove nomi di assessori, dei quali i primi cinque presenteranno effettivo servizio. Si concilieranno così i vantaggi del sistema del sorteggio, primo tra i quali la maggiore garanzia di indipendenza che esso offre, con il sistema della nomina, perchè, qualunque sia la

designazione della sorte, essendo l'albo formato di un piccolo numero di assessori nominati con le più severe cautele, è certo che gli assessori sorteggiati saranno ottimi per capacità ed onestà.

Infine la scelta degli assessori non sarà più, come quella dei giurati, una specie di coscrizione giudiziaria, nè l'ufficio di assessore, come quello di giurato, un peso, che tutti cercano di sfuggire.

Moralmente, la situazione degli assessori sarà elevatissima. L'art. 22 del Decreto legislativo stabilisce che gli assessori, durante il tempo della sessione in cui prestano servizio, sono parificati ai consiglieri di appello nell'ordine delle precedenze a Corte e nelle funzioni pubbliche.

Dal punto di vista economico, il compenso dovuto agli assessori sarà senza confronto migliore di quello fatto ai giurati. Gli assessori avranno diritto a una indennità di funzioni di lire cinquanta al giorno, e quando sono chiamati a prestare servizio fuori della loro residenza, ad una seconda indennità di soggiorno di lire cinquanta, oltre il rimborso delle spese di viaggio nella misura stabilita per i giudici di terza categoria.

È quindi certo che l'ufficio di assessore sarà desiderato come moralmente onorifico ed economicamente compensato in modo abbastanza equo. Può pertanto prevedersi che la psicologia dell'assessore sarà del tutto diversa da quella del giurato e che la sua collaborazione all'amministrazione della giustizia penale sarà altrettanto volonterosa, coscienziosa ed utile quanto quella dei giurati si è dimostrata svogliata, poco ponderata e non di rado dannosa.

POLITICA E DIRITTO NELLE VECCHIE E NELLE NUOVE CONCEZIONI DELLO STATO *

---

* *Nuova Antologia*, 1931.

Una delle conquiste più importanti della moderna scienza del diritto pubblico è, senza dubbio, la distinzione tra lo aspetto giuridico e gli altri aspetti, politico, religioso, morale, che presenta il problema dello Stato. Conquista lenta e faticosa, giacchè per molto tempo la dottrina giuridica dello Stato fu siffattamente confusa e compenetrata con quella politica, religiosa, morale che un'unica parola servì a designarle tutte. *Politica* si chiamava la dottrina della πόλις, della città, cioè dello Stato. La politica comprendeva pertanto tutta la teoria dello Stato, sotto ogni aspetto considerato. Solo successivamente il significato della parola *politica* si restrinse e venne limitato a designare l'arte di organizzare lo Stato e dirigerne l'attività. Ma la confusione tra la morale, la religione, la politica e il diritto nello studio dello Stato perdurò lungamente.

La confusione fu completa durante tutta l'antichità e tutto il medio evo. I Greci, che si posero il problema dello Stato sopratutto come un problema religioso, morale e politico, si preoccuparono principalmente di stabilire quale è lo Stato ideale, quello che più si avvicina alla perfezione. Tanto Platone quanto Aristotele, questo più ampiamente di quello, studiarono bensì, anche, lo Stato *quale è,* ma come un preliminare della ricerca essenziale e definitiva: quella del miglior tipo di Stato, ricerca di sua natura squisitamente politico-morale.

I Romani, che pure elaborarono con molta precisione il

concetto del diritto pubblico e la sua distinzione dal diritto privato, non ebbero una vera dottrina dello Stato, per quanto si riferissero al concetto dello Stato per definire l'*ius publicum* come quel ramo del diritto che *ad statum rei romanae spectat*.

Nè le cose cambiarono nel medio evo. Anche la scolastica, che derivava dai filosofi greci, principalmente da Aristotele, vide sopratutto nella dottrina dello Stato la ricerca di uno Stato ideale. D'altro canto, tutto il medio evo fu dominato dalla idea della persistenza dell'impero romano universale, quindi di uno Stato unico, lo Stato per eccellenza. Altro tipo di Stato non si conosceva, e pertanto mancò anche la possibilità di uno studio giuridico dello Stato, che deve avere necessariamente per oggetto lo Stato *quale è*. Rispetto poi all'unico tipo di Stato conosciuto, l'Impero, tutta l'attenzione dei filosofi e dei giuristi fu concentrata nella grande questione dei rapporti tra i due poteri che se ne contendevano la sovranità: il papa e l'imperatore.

Ma la determinazione di questi rapporti non poteva farsi che in base a criteri extra giuridici: religiosi, morali e politici. Non soltanto dunque perchè lo imponeva la tradizione della filosofia greca, sotto il cui influsso rimase tutta la cultura medioevale, ma anche per le esigenze pratiche del tempo, nello studio dello Stato, religione, morale, politica e diritto continuarono ad essere tra loro confusi.

Questa confusione cessò in parte nell'epoca moderna. La idea dello Stato unico, dell'Impero universale, dovette cedere di fronte alla realtà. Al posto dell'Impero romano, una quantità di Stati era sorta durante il lungo travaglio medioevale, i quali all'aprirsi dell'evo moderno si erano già vigorosamente affermati. Tale molteplicità di Stati di vario tipo, repubbliche democratiche e aristocratiche, principati, grandi monarchie nazionali, rese di nuovo interessante e pratico lo studio positivo e quindi sopratutto giuridico dello Stato. Ma al tempo stesso le difficoltà che i vari Stati incontrarono nel regolare i loro rapporti con i singoli e coi gruppi sociali, an-

cora gli uni e gli altri troppo potenti, per effetto della autonomia acquistata durante la lunga anarchia medioevale, resero assillante il problema politico dello Stato.

Particolare risalto presero pertanto gli studi giuridici e politici nella dottrina dello Stato, mentre il lato religioso e morale perdeva di pratica importanza e quindi di considerazione. La stessa ricerca giuridica e politica uscì rinnovata dalla nuova situazione. Lo studio dei vari tipi di Stato si liberò dalla pedestre imitazione aristotelica, e si volse sopratutto a ricercare la costituzione e la evoluzione degli Stati moderni. L'indagine politica, d'altro canto, venuto meno il problema dei rapporti tra papato ed Impero, si prefisse altri scopi, resi essenziali dalle nuove necessità dei tempi.

Anzitutto, si impose il problema della formazione e della difesa dello Stato. A un lungo periodo di disgregazione sociale e di debolezza dello Stato, era successa un'epoca di riorganizzazione sociale e di consolidamento politico. Questa opera di ricostruzione culminò nella seconda metà del quattrocento e nella prima metà del cinquecento, sopratutto con l'affermarsi delle grandi monarchie nazionali in Francia, in Ispagna, in Inghilterra. Altri paesi, l'Italia e la Germania, erano disgraziatamente rimasti in arretrato, fermi su tipi di Stato superati dai tempi. Ma l'esempio delle grandi monarchie poneva ad essi più che mai il problema politico della costituzione di uno Stato forte. Il più acuto e profondo studioso di tale problema fu senza dubbio Nicolò Machiavelli, il fondatore della moderna dottrina politica.

Ma, ben tosto, altri problemi si imposero all'attenzione degli studiosi. Non era ancora si può dire superata l'anarchia medioevale e compiuta l'opera di ricostituzione dello Stato, che le vecchie forze disgregatrici rialzavano il capo. Il medioevo, col suo sfrenato individualismo, col suo ristretto particolarismo tendeva a risorgere. Manifestatesi prima nel campo religioso con la riforma, che spezzò l'unità spirituale del mondo civile, le tendenze disgregatrici non tardarono a trasferirsi nel campo politico. La rivendicazione della sovranità

religiosa dell'individuo doveva portare necessariamente alla rivendicazione della sua sovranità politica.

Gli strumenti tecnico-giuridici, di cui ci si servì per ottenere questo scopo essenzialmente pratico, furono la dottrina del contratto sociale e quella del diritto naturale, che ne costituisce il logico presupposto.

Tutta la storia della teoria del diritto naturale e del contratto sociale ci mostra la derivazione dell'individualismo politico, quello che si chiama comunemente *liberalismo*, dall'individualismo religioso della riforma. I *monarcomachi* in Germania, Hooker, i congrezionalisti e gli indipendenti in Inghilterra considerarono lo Stato come il risultato di un contratto fra individui originariamente sovrani. L'idea dominante in questa dottrina, la derivazione dello Stato dall'individuo, serviva un fine politico, che già nella seconda metà del secolo decimosesto, sotto l'influsso diretto del moto della riforma, si andava diffondendo nelle coscienze: la rivendicazione dell'individuo. Il quale, si diceva, avendo costituito, per atto della sua volontà e per suo interesse, lo Stato, alienando parte della sua naturale libertà, conserva in ogni caso il diritto di rivendicarla quando i governanti abusino dei loro poteri o se ne servano contro lo scopo per cui furono loro commessi.

Nel secolo XVII l'idea della originaria sovranità dell'individuo e della sua successiva volontaria limitazione, continuò a far strada. Nel secolo XVIII diventò *communis opinio*, al punto che anche i fautori dell'assolutismo furono obbligati a costruire sul diritto naturale di libertà dell' individuo e sulla sua successiva alienazione contrattuale la dottrina dello Stato forte. Insigne tra tutti l'esempio dell'Hobbes che, volendo ottenere fini politici opposti a quelli pei quali la dottrina del contratto sociale era sorta, fu il più efficace e completo assertore della teoria contrattualista. Per Hobbes, inglese e uomo del settecento, la derivazione dello Stato dall'ndividuo, era un *truism*, una verità intuitiva che si doveva accettare senza discuterla.

Costruendo la teoria dello Stato sopra una limitazione contrattuale della originaria libertà dell'individuo, i giusnaturalisti del XVI, XVII e XVIII secolo si illudevano e illudevano di assegnare alla concezione dello Stato una base strettamente giuridica. Illusione, ho detto, che sorto per esigenze politiche, il contrattualismo giusnaturalista ha sempre servito a fini politici. Malgrado i tentativi di utilizzarlo per rafforzare lo Stato, le sue origini, e la logica stessa del sistema ne hanno sempre fatto e continuano a farne lo strumento più perfetto delle rivendicazioni liberali, democratiche, socialiste, antistatali. Dice giustamente lo Jellinek: « La teoria contrattuale, adunque, logicamente sviluppata fino agli ultimi limiti riesce non a costituire lo Stato ma a dissolverlo. Ma se la teoria contrattuale non ha raggiunto il proprio scopo, la sua influenza storica è stata ed è tuttavia incalcolabile. Tutto lo Stato moderno, nella sua struttura e nelle sue istituzioni, ne ha subìto profondamente l'influsso ».

È proprio così. Tutte le dottrine politiche moderne, dal liberalismo all'anarchia, sono fondate teoricamente sulla idea della derivazione dello Stato dall'individuo propria del giusnaturalismo del XVI, XVII e XVIII secolo. Come credo di aver più volte dimostrato, una catena logicamente ininterrotta lega la democrazia al liberalismo, il socialismo alla democrazia e l'anarchia al socialismo. Tutte queste dottrine partono da un presupposto comune: la sovranità dell'individuo, l'asservimento dello Stato all'individuo. Le differenze che le separano sono differenze di *metodo*, non di *fine*, di *quantità*, non di *qualità*. Il liberalismo, nella gamma delle teorie individualiste è il più temperato ma il meno logico; più logica la democrazia, più logico ancora il socialismo, ma logicissima tra tutti l'anarchia.

Fino al fascismo pertanto l'idea della sovranità dell'individuo e della derivazione dello Stato dall'individuo ha dominato nel campo politico in modo così incontrastato, da divenire una verità assoluta, un dogma che non si poteva discutere, il presupposto tacito di ogni azione politica e sociale.

Molti aspetti della vita politica italiana anteriormente al fascismo e della vita politica odierna di quasi tutti gli Stati civili non si comprendono senza tener presente questa dominazione ideologica del presupposto individualista. È oramai un luogo comune l'accusa di debolezza che da ogni parte si muove agli uomini politici del liberalismo e della democrazia di fronte al socialismo, come è certa la nessuna capacità di resistenza del socialismo democratico di fronte all'anarchia. Si tratta veramente di difetto di uomini, di insanabile infrollimento di generazioni, di fatale decadenza di un tipo di civiltà? Non sarebbe giusto affermarlo senz'altro.

Certo l'azione debilitante e corruttrice del parlamentarismo, coi suoi metodi profondamente errati di selezione politica e di formazione delle *élites* vi ha molto influito. Ma io persisto tuttavia ad attribuire la intrinseca debolezza che ha fatto scivolare grado a grado il liberalismo nella democrazia, questa nel socialismo e il socialismo nell'anarchia, a una ragione essenzialmente psicologica: al fondo comune individualistico di tutte queste ideologie, per cui la più moderata e quindi la più ragionevole diventa la meno logica di fronte al postulato fondamentale. La debolezza nel campo pratico delle dottrine più moderate dipende, in sostanza, dalla loro debolezza nel campo dialettico. L'individualismo è un piano inclinato. Chi vi mette il piede scivola irrimediabilmente fino in fondo.

Vero è che revisioni critiche del postulato individualista non sono mancate durante lo stesso secolo XIX il quale ne vide il più completo trionfo, e che tale movimento di revisione si era accentuato in Italia durante gli anni che precedettero la guerra. Ma sempre come effetti limitati, mentre tutte le istituzioni, tutta la legislazione, tutta l'azione politica si informavano al principio della sovranità dell'individuo e della derivazione dello Stato dall'individuo. Non è da meravigliare pertanto se ben pochi fossero riusciti, con uno sforzo penoso di autocritica, ad uscire dalle pastoie della teoria dominante, e ad indirizzare verso altri orizzonti che quelli

degli « immortali principi della rivoluzione francese » la propria formazione mentale e la propria coltura politica. La crisi del 1922 e l'avvento del fascismo hanno certamente affrettato ed allargata questa opera di revisione intellettuale. Dirò di più. Il mutamento della legislazione è riuscito a guadagnare alle nuove concezioni politiche la massa dei giuristi pratici, preoccupati, per le necessità del loro ufficio, a studiare il diritto *quale è*, e quindi più pronti a coglierne e ad accettarne i fondamenti dottrinali. Ma i teorici che non hanno avuto la forza di rinnovare tutta la loro cultura e sono rimasti fermi ai principi appresi sui banchi della scuola, e in altri tempi, da essi stessi elaborati, non possono, e si comprende, assistere che con fastidio alla negazione sistematica e al crollo quotidiano del mondo ideologico caro alle loro meditazioni.

La conclusione di tutto ciò è semplice. Se è stato possibile alla moderna scienza del diritto di sottrarre fino ad un certo punto la teoria giuridica dello Stato all' influsso dei dogmi religiosi e dei sistemi morali, non le è invece riuscito affatto di costituire una dottrina dello Stato e del diritto pubblico che non fosse, consapevolmente o inconsapevolmente, dominata da idee e da necessità politiche.

La stessa teoria contrattualista dello Stato, che ebbe la pretesa di presentarsi sotto una veste rigorosamente giuridica, era in realtà più che mai dominata da premesse politiche. Il contratto sociale, che non si è riuscito mai a provare storicamente e a giustificare logicamente, non fu che lo strumento tecnico-giuridico delle rivendicazioni politiche dell'individualismo. Peggio poi accadde, specialmente in Francia e nei paesi soggetti all'influsso intellettuale e politico francese, durante quasi tutto il secolo XIX. L'aspetto politico del problema dello Stato assorbì interamente quello giuridico, in tal guisa che la letteratura giuspubblicista di quell'epoca si ridusse a un conglomerato di disquisizioni storiche, filosofiche, politiche, tutte ispirate, naturalmente, al dogma della deriva-

zione dello Stato dall'individuo, nelle quali l'aspetto giuridico dei problemi si perdette completamente.

Un simile appunto — è giusto riconoscerlo — non può farsi alla scuola tedesca di diritto pubblico che nel secolo XIX fece uno sforzo poderoso per porre in rilievo l'aspetto giuridico del problema dello Stato e per elevarne a sistema la teoria giuridica.

La concezione dello Stato come persona giuridica, specialmente ad opere del Gerber, del Laband, del Van Krieken, dello Jellinek, venne sempre più affermandosi e precisandosi e da questa concezione tutta la dottrina del diritto pubblico uscì rinnovata. Ma, come spesso accade quando una nuova via si apre alla conoscenza umana, i giuristi tedeschi, che si ingolfarono in quella della personalità giuridica dello Stato, finirono per non vedere se non il limitato orizzonte che essa schiudeva, dimenticando e volendo dimenticare tutto il resto. Donde la tendenza non solo a distinguere la dottrina giuridica da quella sociale dello Stato, ma addirittura a concepire lo Stato come un puro fenomeno giuridico e a respingere come artificioso ed errato ogni tentativo di darne una nozione non formale ma sostanziale, il che equivale a dire non solamente giuridica, ma anche sociale. Così fu aspramente battuta in breccia la così detta teoria organica, che costituì indubbiamente lo sforzo più poderoso per la reazione di una dottrina dello Stato, atta a spiegarne non già solo la struttura esteriore, ma l'intima essenza effettiva. E fu combattuta anche la teoria empirica, che pure si sforzò di dare dello Stato una spiegazione sostanziale.

Quanto all'Italia, bisogna pur confessare che, fino all'ultimo ventennio del secolo XIX, essa fu, anche nel campo del diritto pubblico, sotto il dominio spirituale della Francia. I nostri giuspubblicisti continuarono per molti lustri a mescolare, come i francesi, politica, filosofia, storia e diritto, tanto che di una dottrina giuridica dello Stato era, anche fra noi, poco o punto a parlare.

Una vivace reazione si pronunciò nell'ultimo ventennio

per merito di una schiera eletta di giuristi, di cui fu antesignano Vittorio Emanuele Orlando. Fin dal 1889 l'Orlando lamentava giustamente che « il criterio politico, il sociale, lo storico, ma sopratutto il filosofico, con le forme più astruse della metafisica più sfrenata soffocano il criterio giuridico sin quasi ad ucciderlo... Dappoichè, soggiungeva, dove le nebulosità dell'astrazione impediscano la netta percezione dei contorni, noi non abbiamo più diritto, perchè il diritto è la precisione ». Il monito era realmente opportuno, e non andò perduto. La scuola giuridica italiana di diritto pubblico, in poco più di venti anni, tra la fine del secolo decimonono e il principio del ventesimo si affermò vigorosamente, con piena autonomia di pensiero scientifico, rinnovando completamente non solo la dottrina dello Stato, ma, come è ben logico, quella di tutti i rami del diritto pubblico, dal costituzionale all'amministrativo, dall'internazionale al penale. Essa esercitò un influsso notevole anche sulla elaborazione del diritto processuale e dello stesso diritto privato.

Tuttavia, al pari della scuola giuridica tedesca, anche la nostra, nel dare una concezione e una ricostruzione puramente giuridica dello Stato, è andata, mi sembra, troppo oltre.

Partendo da un concetto giusto: la distinzione tra diritto e politica, essa è giunta spesso a una conseguenza teoricamente eccessiva: l'isolamento del diritto dalla politica, e ad un'altra praticamente dannosa: l'agnosticismo potitico.

Orbene, mi sembra giunta l'ora di affermare che, se la confusione tra il criterio giuridico e quello politico, come del resto anche tra il criterio giuridico e quello sociale, storico e filosofico è grave errore di metodo; se il fenomeno giuridico, anche nel campo della dottrina dello Stato, deve essere studiato a sè coi mezzi della tecnica giuridica, il considerare lo Stato come una pura entità giuridica, trascurando di conoscerlo come entità sociale, e di studiare i fini e i metodi della sua azione, non è nè teoricamente nè praticamente possibile. Così non sarebbe possibile foggiare esteriormente uno strumento

possente e delicato, senza sapere di che materia è fatto, a quali scopi deve servire, come deve essere adoperato.

Ed, in verità, le due altre dottrine dello Stato che oggi si oppongono a quella giuridica: la organica e la empirica sono, come già la teoria del contratto sociale, ispirate ad evidenti esigenze politiche.

La dottrina organica conduce infatti necessariamente alla affermazione della superiorità dei fini dello Stato sui fini individuali, alla subordinazione dell'individuo allo Stato.

La teoria organica, è, in sostanza, la dottrina dello Stato forte.

Al contrario, la dottrina empirica, la quale non riconosce altra realtà sociale che gli individui e identifica lo Stato coi governanti, somiglia, se non in tutti i suoi presupposti teorici, certo nelle conclusioni politiche, alla dottrina del diritto naturale e del contratto sociale. Ponendo i governanti di fronte ai governati, non già come organi di una entità superiore e strumenti di un fine superiore, ma come individui più forti di fronte a individui più deboli, essa rende per ciò stesso moralmente infelice e praticamente precaria la loro posizione, il che significa la posizione stessa dello Stato.

La stessa teoria giuridica, la quale non riconosce nello Stato che una persona giuridica, malgrado le sue dichiarazioni di agnosticismo politico, ha una portata politica che i suoi fautori bene spesso non sospettano, ma che non è per questo meno evidente.

Considerando lo Stato come persona giuridica e la sovranità come un potere ad esso spettante (potere che diventa giuridico in virtù di una autolimitazione che lo Stato stesso si impone), il rapporto tra lo Stato e l'individuo come un rapporto divenuto giuridico in conseguenza appunto della autolimitazione, infine i diritti pubblici subiettivi dell'individuo come un derivato dalla volontà unilaterale dello Stato, si crea necessariamente una situazione politica che è di supremazia dello Stato e di subordinazione dell'individuo.

Il Gerber, che può considerarsi il fondatore della teoria

giuridica dello Stato se ne era accorto benissimo, quando affermava i diritti dei cittadini non essere che il riflesso del rapporto di soggezione esistente tra essi e lo Stato e una derivazione di tale rapporto.

Gli sforzi fatti dai seguaci della teoria giuridica, per trovare ai diritti pubblici individuali un fondamento diverso dalla autolimitazione da parte dello Stato dei poteri inerenti alla sua sovranità; o almeno per fondare questa autolimitazione sopra un principio di necessità superiore allo Stato stesso, debbono considerarsi falliti. Quando lo Jellinek, ad esempio, distingue nel diritto gli elementi *costanti* e gli elementi *variabili*, per concluderne che i primi si impongono allo Stato nella stessa funzione in cui si esplica in pieno la sua sovranità, cioè nella funzione legislativa, costituendo una regola valevole anche *de lege ferenda*, che cosa fa se non risuscitare il vecchio diritto naturale, altrove da lui rigorosamente negato?

Questi sforzi, in verità, sono determinati da esigenze non logiche, ma politiche. I fautori della dottrina giuridica che vivevano in un'epoca e in un ambiente, tutti dominati dagli ideali della rivoluzione francese, erano, in buon numero, politicamente liberali o democratici. Proclamavano bensì l'isolamento del diritto dalla politica, ma di quando in quando si accorgevano che i compartimenti stagni non reggevano, che il diritto si infiltrava nella politica, e questa in quello. Correvano allora ai ripari, rappezzando la dottrina della personalità dello Stato con pezze d'altro colore, che salvassero gli ideali politici in cui avevano fede.

La separazione tra diritto e politica nella dottrina dello Stato ha, infatti, specialmente in Italia, dato luogo a fenomeni curiosi di contraddizione logica, ai quali non hanno potuto sottrarsi neppure giuristi eminenti, che sono stati anche eminenti uomini politici.

La teoria della personalità dello Stato, per quanto ci si sforzi di isolarla da ogni contatto con la sociologia e la politica, chiudendola ermeticamente nell'involucro del suo forma-

lismo giuridico, ha nel campo sociale, presupposti e, nel campo politico, conseguenze che si possono voler ignorare o tacere, ma che è impossibile negare.

Quando si dice che lo Stato è *persona giuridica*, si dice implicitamente anche che esso è *persona sociale*, non essendo possibile che alcunchè esista per il *diritto*, se non ha pure una esistenza *sociale*. Il diritto è forma, e perciò presuppone una sostanza, è regola e quindi non può esistere senza un fatto regolato, è disciplina di rapporti sociali, *proportio hominis ad hominem*, e non può pertanto concepirsi che come connesso a rapporti sociali. Il diritto non crea i rapporti umani, li prende come sono nella realtà sociale e li regola per ottenere scopi, che sono necessariamente, anche essi, sociali.

Quale è dunque il fatto sociale che sta dietro al fatto giuridico *Stato?* La teoria della personalità ama sorvolare su questo punto, accontentandosi di affermazioni generiche. Dietro la persona giuridica, essa dice, sta una pluralità di uomini, una collettività, che noi pensiamo come unità, per quanto non abbia alcuna unità reale, ma che è una unità *per noi*. Questa unificazione puramente concettuale sarebbe data dalla *unità dello scopo*, che costituirebbe il supporto necessario e sufficiente della unità giuridica, ossia della personalità.

L'espediente della unità concettuale, della pluralità pensata come unità, mira a distinguere la teoria giuridica dalla teoria organica dello Stato. Era facile obiettare, a chi affermava l'esistenza di una collettività sociale come sostrato della persona giuridica, che questa collettività non è altro appunto che l'organismo intravveduto dai seguaci della teoria organica. Si è tentato di girare l'ostacolo negando ogni esistenza reale a questa collettività, ma la negazione non regge, di fronte al riconoscimento, da parte della stessa teoria della personalità, di scopi propri della collettività, da cui questa rimane unificata. Tali scopi collettivi non possono essere la semplice somma degli scopi individuali, devono essere scopi specifici della collettività; ciò è dimostrato anche dal fatto che essi si

trovano spesso in contrasto con gli scopi individuali e che nel contrasto prevalgono.

Ma l'esistenza di una collettività sociale come entità distinta dai singoli individui è provata dallo stesso concetto della sovranità quale è accolto nella dottrina giuridica dello Stato. Come forza superiore e soverchiante, di sua natura illimitata, la sovranità è un potere di fatto, non un potere giuridico. Diventa giuridico in quanto è regolato dallo Stato ed è da questo autolimitato. Il concetto della sovranità è dunque, per sè, un concetto sociale e non giuridico. La collettività dispone in fatto di una forza soverchiante per la realizzazione dei propri scopi. Questi scopi adunque non possono essere che alla loro volta superiori. La superiorità dei mezzi non si giustificherebbe senza la preminenza dei fini; ove questa mancasse, si ridurrebbe a puro arbitrio e a semplice sopraffazione. Scopi distinti da quelli dei singoli e a questi preminenti; forza superiore a quella dei singoli messa al servizio di quegli scopi; tutto ciò significa vita distinta da quelle degli individui, cioè che le oltrepassa nello spazio e nel tempo.

Il sostrato sociale della persona giuridica Stato è adunque una collettività che non può risolversi *in singularitates*, che ha propria esistenza, propri fini, propri mezzi per realizzarli.

Malgrado le critiche ripetute e minute rivolte da molti seguaci della dottrina giuridica (non da tutti però, non dal Gerber per esempio) agli organicisti, anche la dottrina giuridica presuppone, come sostrato della persona giuridica Stato, una collettività sociale che somiglia, come due goccie d'acqua, a un organismo.

Se consideriamo poi la teoria giuridica dello Stato sotto l'aspetto politico, giungiamo a risultati in buona parte analoghi. Come respinge a parole la concezione organica, ma nel fatto la presuppone, così la teoria della personalità giuridica crede di poter astrarre dalla politica, ma nel fatto vi ricade in pieno.

Una delle conquiste più notevoli della dottrina giuridica è la negazione della sovranità popolare e l'affermazione della

sovranità dello Stato. Affermazione perfettamente conseguente, perchè, se il potere supremo, la sovranità, spetta alla persona giuridica Stato, entità distinta dai singoli cittadini, essa non può contemporaneamente spettare alla massa dei cittadini, cioè al popolo.

Si veda dunque. Lo Stato è una persona giuridica a sè, distinta dai cittadini, che ha una esistenza propria, propri fini, propri mezzi per realizzarli, costituiti da un potere superiore e soverchiante, la sovranità, la quale spetta solo alla persona giuridica. Tale potere è limitato per volontà unilaterale della persona giuridica, e in virtù della autolimitazione si trasforma da potere di fatto in potere giuridico. I singoli, che di fronte a un potere illimitato sarebbero da considerare oggetto della potestà dello Stato, sudditi, mediante la autolimitazione acquistano diritti anche di fronte allo Stato e diventano cittadini. La fonte dei diritti pubblici individuali è la volontà dello Stato, e quindi la loro esistenza e la loro estensione è condizionata agli scopi che quella volontà persegue: cioè gli scopi o interessi dello Stato.

A questo punto, è facile tirare la conclusione. La teoria giuridica dello Stato è la teoria dello Stato forte, della piena subordinazione degli interessi individuali a quelli collettivi, della derivazione del cittadino dallo Stato. Politicamente, la teoria giuridica, precisamente come la teoria organica, si contrappone a tutta l'ideologia individualista della rivoluzione francese. Questa faceva derivare lo Stato, come soggetto di diritti, dall'individuo, quella fa derivare l'individuo, come soggetto di diritti, dallo Stato.

Tutto ciò spiega le conseguenze che dal proclamato isolamento del diritto dalla politica e dalla sociologia sono derivate. Conseguenze felici da una parte, perchè concentrata tutta l'attenzione sul lato giuridico del problema, la dottrina giuridica dello Stato ha guadagnato in precisione e in profondità di ricerche. Ma conseguenze dannose dall'altra, perchè la visione del problema dello Stato dal solo punto di vista tecnico-giuridico ha fatto trascurare e dimenticare gli altri non

meno importanti, quello sociale e soprattutto quello politico. Di questa trascuranza la stessa indagine giuridica ha talora sofferto, degenerando in sforzi di dialettica astratta e di puro formalismo. Ma dannose sono state soprattutto le conseguenze nel campo sociale e politico. Nel quale la teoria della personalità dello Stato avrebbe potuto esercitare un influsso benefico, contribuendo a spezzare le nebbie della filosofia individualistica della rivoluzione francese, il cui dominio si è perpetuato senza contrasto fino a questi ultimi anni, attraverso tutti i travestimenti e le trasformazioni, dal liberalismo al socialismo. Non ne è stato, invece, nulla. Quegli stessi giuristi, che si professavano fautori della personalità giuridica dello Stato, della sovranità dello Stato, della derivazione dallo Stato dei diritti dei cittadini, continuavano, nel campo politico, a proclamarsi liberali o democratici o socialisti, senza sospettare che la loro fede politica era in perfetta contraddizione con la loro fede scientifica.

Spezzare dunque l'artificiale diaframma che separa la concezione giuridica da quella sociale e politica bisogna, se si vuol dare una idea compiuta ed integrale dello Stato, e ciò dallo stesso punto di vista giuridico.

Ciò facendo si vedrà che la teoria giuridica dello Stato è sostanzialmente vera. Giusta la concezione dello Stato come persona giuridica. Giusta l'attribuzione ad esso, e ad esso soltanto, della sovranità. Giusta l'idea della autolimitazione come mezzo tecnico per trasformare il potere di fatto in potere giuridico, lo Stato di polizia in Stato giuridico. Giusta l'idea stessa dello Stato giuridico come Stato in cui, con vari accorgimenti, ma soprattutto col principio della divisione dei poteri che limita l'esercizio della sovranità frazionandolo fra organi diversi, si attua l'autolimitazione dei poteri dello Stato, nel suo stesso interesse, trasformando di conseguenza, i sudditi in titolari di diritto, cioè in cittadini. Giusta infine la subordinazione dell'individuo allo Stato, e la derivazione dallo Stato dei diritti individuali.

Tutto ciò è perfettamente vero. Ma non si comprende se

non ammettendo, dal punto di vista sociale, l'esistenza di una collettività sociale avente vita superiore per estensione e per durata, a quella degli individui, fini superiori a quelli individuali, e a sua disposizione una forza soverchiante, la sovranità.

Questa collettività ben può definirsi come un organismo. Nessuna concezione antropomorfica in questa definizione. L'organismo umano *è un organismo*, non è *l'organismo*. Nel campo proprio dell'idea di organismo, quello della biologia, ve ne sono tipi diversissimi, per quanto molte delle differenze dipendano, più che da una diversità obiettiva dei fenomeni, dal modo diverso con cui li percepiamo, a causa della imperfezione dei nostri mezzi di conoscenza. La differenza, ad esempio, tra organismo individuale e collettivo, che sembra così evidente, svanisce quando, esaminando l'individualità biologica con strumenti perfezionati si scorge che il tutto si compone di una infinità di parti ciascuna delle quali vive in funzione del tutto, o quando si osservano da vicino collettività che hanno l'apparenza di una unità fisica, come i coralli, ma sono invece semplici colonie e conglomerati di piccolissime unità biologiche.

E neppure, definendo la collettività sociale come organismo, si fa necessariamente del misticismo trascendentale. Le esagerazioni di alcuni organicisti dalle idee confuse non distruggono la verità della idea fondamentale che è nella teoria organica. La quale deve essere presa quale è, una teoria sociale e non una teoria giuridica. Ora non vi è nulla di mistico nel considerare una determinata società umana come un tutto avente una vita distinta da quella degli elementi che lo compongono, a questa superiore nello spazio e nel tempo, ma con questa coordinata in modo che ciascun elemento viva in funzione del tutto.

Tanto poco è mistico il concetto di organismo che esso è proprio del mondo biologico, di un mondo cioè indubbiamente reale. Il mondo biologico ci offre di continuo il fenomeno di individui i quali compongono un complesso avente alla sua

volta una propria vita, in funzione della quale si svolge la vita dei singoli.

Pluralità vivente per sè, composta di unità viventi in funzione della pluralità, ecco in brevi parole un organismo quale noi l'intendiamo. Ciò basta per differenziare la semplice *somma di individui dall'organismo collettivo*. Nella somma di individui, la pluralità non ha una vita propria, ma si risolve nei singoli elementi che la compongono, i quali vivono ciascuno unicamente per sè. Nell'organismo collettivo la pluralità vive indipendentemente dai singoli elementi, i quali al contrario vivono per la collettività. Nella somma di individui gli elementi sono fissi e determinati; variando gli elementi, varia il complesso. Nell'organismo collettivo i singoli elementi sono indeterminati; essi nascono, si sviluppano, muoiono, sono sostituiti da altri, rimanendo il complesso sempre lo stesso.

Solo attribuendo alle varie società, in cui si fraziona la specie umana, il carattere di organismo collettivo, si rimane nella realtà. Solo in tal modo si spiegano fenomeni altrimenti inspiegabili, come l'unità della vita sociale, malgrado la diversità dei territori sui quali si svolge, la sua persistenza attraverso i secoli, malgrado la brevità della vita delle singole generazioni, il sacrificio continuo degli individui alla collettività, il quale giunge, nel fenomeno bellico e nella pena di morte, fino all'annientamento della vita individuale.

Se la parola organismo non piace, se ne adoperino altre. Si dica unità vivente composta di altre unità minori pure viventi, l'esistenza della quale è indipendente da quella dei singoli elementi che la compongono. Si parli di collettività avente una unità sostanziale e non formale. La espressione non importa, purchè si convenga nel concetto.

E il concetto è l'unico vero. Uscendo da esso, si esce dalla realtà.

Questa realtà sociale non è affatto in contrasto con la realtà giuridica espressa nella dottrina della personalità dello Stato. Al contrario essa l'integra e la spiega.

Lo Stato è la società stessa considerata come organizza-

zione giuridica, è il modo specifico di organizzarsi delle società più progredite. Pertanto i fini della società sono i fini dello Stato, e il rapporto tra lo Stato e il singolo è, dal punto di vista sostanziale, quello che corre tra società e individuo, un rapporto di superiorità dei fini dello Stato, di supremazia della sua potestà. Nello Stato giuridico questo assoggettamento non è totale, ciò che trasforma il rapporto di supremazia da rapporto di mero fatto in rapporto giuridico. Ma illimitata o limitata più o meno, la sovranità è essenziale allo Stato, come è essenziale ad ogni società l'esistenza di un potere superiore e soverchiante.

Ed egualmente integra e spiega la dottrina giuridica della personalità dello Stato la concezione politica che afferma immanente lo Stato, contingente l'individuo, superiori i fini dello Stato, subordinati quelli individuali e proclama quindi la necessità di uno Stato forte, capace, di fronte alla miopia e all'utilitarismo indivivuale, di far prevalere quella immanenza e quella superiorità. Lo Stato giuridico risponde perfettamente a queste necessità politiche. Esso è persona giuridica, cioè è subietto di diritti avente una esistenza propria, che trascende nel tempo e nello spazio quella degli individui. È persona giuridica sovrana, fornita cioè del potere superiore necessario a far valere la superiorità dei suoi fini. Questa sovranità è dello Stato e solo nello Stato, non è degli individui, nè isolatamente presi, nè in massa, non è cioè del popolo. Non è neppure di altri enti che possono formarsi nel seno della società, se non in quanto lo Stato deleghi ad essi singoli poteri della sovranità. Questa sovranità è di sua natura integrale, essendone le limitazioni effetto della volontà unilaterale dello Stato stesso; e quindi tutti coloro, individui, gruppi di individui, enti collettivi minori, che si trovano nel territorio dello Stato, vi sono soggetti. Un controllo sullo Stato da parte di organi che siano fuori dello Stato, come il Parlamento, secondo la vecchia concezione democratica, non è ammissibile. È ammissibile solo il controllo di un organo dello Stato su un altro organo dello Stato. Meno che mai è

concepibile, fuori del caso di delegazione, l'esercizio anche parziale della sovranità da parte di organi che siano fuori dello Stato, come il Parlamento secondo l'ideologia democratica. Perfettamente aderente alla teoria giuridica della sovranità dello Stato è la formula politica di Mussolini: tutto nello Stato, nulla contro lo Stato, nulla all'infuori dello Stato.

La sovranirà può, per volontà dello Stato, essere limitata; anzi è necessario che sia, per ragioni che attengono al suo stesso interesse: la certezza dei rapporti giuridici, la repressione dei possibili abusi degli organi dello Stato, l'utilità di riconoscere agli individui una sfera di libertà che assicuri il più completo sviluppo delle loro facoltà, vero essendo il principio che la forza degli individui è forza dello Stato, quando sia con questa armonicamente coordinata; infine la necessità di ammettere gli individui a partecipare con larghezza alla vita dello Stato, per renderne più efficace l'azione, assicurandole il più largo consenso e la più ampia collaborazione possibili.

Il lato giuridico, quello sociale e quello politico del problema dello Stato non possono dunque disgiungersi. Sono tre aspetti diversi di uno stesso fenomeno. Lo Stato è dunque, a un tempo, giuridicamente un soggetto di diritto o persona; socialmente una collettività avente una unità sostanziale, cioè un organismo collettivo; politicamente una organizzazione diretta a realizzare i fini superiori della società, subordinando e coordinando insieme a questi i fini degli individui, e perciò materialmente forte e moralmente autorevole, quanto è necessario per l'adempimento della sua alta missione.

Questa integrale concezione dello Stato non è nella teoria giuridica, nè nell'organica, nè nelle svariate teorie a fondo politico escogitate per questo o quello scopo pratico contingente. Essa è solo nella dottrina fascista che vede nello Stato moderno un soggetto di diritti esercitante una sovranità giuridicamente, nel suo proprio interesse, regolata, quindi uno Stato di diritto; che concepisce lo Stato come la società giuridicamente organizzata, e questa come un organismo collet-

tivo, avente propria vita e propri fini superiori a quelli dei singoli individui; che vuole lo Stato forte ed autorevole, capace di realizzare quei fini superiori, sia in confronto di altri Stati, sia in confronto dei singoli individui, il cui sviluppo e la cui attività desidera bensì salvaguardare, purchè in armonico coordinamento con lo sviluppo dell'attività dello Stato.

Non dunque confusione tra diritto e sociologia, tra diritto e politica, ma necessaria distinzione. Neppure però isolamento che faccia al giurista ignorare l'aspetto sociale e politico dei problemi, ma opportuno coordinamento. In questo coordinamento sta il segreto del successo della dottrina fascista dello Stato, la quale, abbattendo barriere che avevano resistito quasi un secolo, ne ha integrato e precisato la dottrina giuridica, ha tratto da questa le necessarie conseguenze nel campo sociale e politico, e ha ricostruito la figura dello Stato moderno, Stato di diritto, ma effettivamente sovrano.

Così all'azione politica incerta e debole del vecchio Stato liberale-democratico, oscillante tra le contraddittorie premesse della sovranità individuale proclamata dalla filosofia della Rivoluzione francese, e quella della sovranità dello Stato affermata dalla scuola giuridica, il Fascismo ha potuto sostituire un'azione coerente, precisa nei fini e decisa negli scopi, perchè fondata sopra una organica dottrina. Dottrina eminentemente costruttiva che sta facendo nel mondo il necessario cammino. Così l'Italia riprende, per merito del Fascismo, la storica missione di Roma. Mentre da altri paesi continuano a dilagare teorie distruttrici e disgregatrici, l'Italia diffonde ancora una volta, l'idea dell'ordine, della disciplina, dell'armonia e della solidarietà.